IL

FUTURO CODICE CIVILE GERMANICO

E

IL DIRITTO ROMANO

DISCORSO

letto il 6 Novembre 1887

IN OCCASIONE DELLA SOLENNE APERTURA DEGLI STUDII

NELLA

R. UNIVERSITÀ DI SIENA

da

MUZIO PAMPALONI

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO

SIENA

TIP. E LIT. SORDO-MUTI DI L. LAZZERI

1888.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. - b
501

Al chiarissimo prof. A. Anselmi
dell'Università di Torino
in omaggio
l'A.

IL

FUTURO CODICE CIVILE GERMANICO

E

IL DIRITTO ROMANO

DISCORSO

letto il 6 Novembre 1887

IN OCCASIONE DELLA SOLENNE APERTURA DEGLI STUDII

NELLA

R. UNIVERSITÀ DI SIENA

da

MUZIO PAMPALONI

PROFESSORE ORDINARIO DI DIRITTO ROMANO

SIENA

TIP. E LIT. SORDO-MUTI DI L. LAZZERI

1888.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

A

FILIPPO SERAFINI

RESTAURATORE DEGLI STUDII DI DIRITTO ROMANO

IN ITALIA

IL FUTURO CODICE CIVILE GERMANICO

E

IL DIRITTO ROMANO

Signori,

Compiuta in Italia l' unità della maggior parte del territorio, fu sentita quasi universalmente la necessità di unificare il diritto, pubblico e privato. L'unità del diritto apparve (a ragione) consolidamento (1) della unità politica, più che vincolo nuovo aggiunto agli altri che ci affratellano. E il consolidamento dell'unità politica apparve (pure a ragione) di così urgente importanza, da doverlo procacciare a ogni costo, malgrado i possibili obietti teorici contro le codificazioni generali; e subito, non ostante che dall' indugio si potesse aspettare opera legislativa più perfetta, o più rispondente alla nostra tradizione giuridica. Quella forza

(1) G. Pisanelli, Discorso sul progetto di legge per la pubblicazione del C. C. Italiano (in Pacifici-Mazzoni, Ist. di diritto civ. it. Firenze 1880, vol. I, App. IV, pag. 393). V. anche G. Pisanelli, dei progressi del diritto civ. in Italia, Milano 1872 pag. 30 e seg. Cfr. Filomusi-Guelfi, La codificazione civile (Discorso), Roma 1887 p. 5.

« irresistibile » (1), onde gli uomini allora al governo si dicevano spinti alla codificazione, fu dunque la stessa che spinse i legislatori francesi al chiudersi de' rivolgimenti del secolo scorso (2). Il mero riguardo ai « danni che genera la varietà delle leggi civili » (3) in nazione unita politicamente, non avrebbe forse condotto, in Francia come in Italia, ad una codificazione generale e completa; o almeno, non così d' improvviso ad una codificazione del diritto privato.

Quanto accadde presso di noi si ripete ora in Germania dopo gli avvenimenti politici ultimi; non senza divario notevole di cause e di effetti. In Italia e in Francia, la ragion politica che presiede alla unificazione giuridica è sì potente, che in breve tutte o quasi tutte le leggi civili si rinnovano. In Germania invece, l' opera d' unificazione procede partitamente, con misurata lentezza; e, com' è fama, con risultati migliori. Incominciata per il diritto cambiario e commerciale, passata poi al diritto penale, e infine all' ordinamento giudiziario e al processo, (4) le rimane ora (compito più grave) il diritto civile. Si direbbe quasi, che la nazione tedesca, conscia del suo odierno primato, voglia ammaestrarne anche nell' opera dell' unificazione giuridica. La verità è piuttosto, che le condizioni politiche della Germania sono alquanto diverse e dalle nostre e dalle francesi: forse anche, per ragioni storiche antiche, il sentimento nazionale unitario non è vivo nelle genti germaniche come nelle latine; e pel modo stesso nel

(1) Pisanelli, Discorso cit. l. c.

(2) Cfr. F. C. di Savigny, Sistema del diritto romano attuale (trad. di V. Scialoia) Torino 1886, I § 21 p. 119, § 31 p. 211-212.

(3) Pisanelli, Discorso cit. l. c.

(4) Cfr. H. Dernburg, Pandekten, Berlin 1887, I § 15, pag. 29.

quale dopo fortunose vicende esse pervennero alla presente unità politica, codesto sentimento non vuole essere di troppo eccitato. Oltre a ciò in Germania l' opera dell' unificazione giuridica presentava maggiori difficoltà che in Francia o in Italia: quella specialmente del diritto civile ha in Germania difficoltà intrinseche così fatte, che un paragone con altre non mi sembra possibile (1). Non è punto fortuita circostanza che la nazione, la quale forse affacciò per prima l' idea di un codice di diritto privato da sostituirsi al Corpus Juris; e che prima, e fino dal secolo scorso, l' ebbe parzialmente attuata, imprenda all'estremo la unificazione del suo diritto privato. È certo (2) nondimeno che il codice civile germanico deve ben presto, o in un tempo più o meno breve, (3) venire alla luce. E già si annuncia (4) che la commissione governativa, cui nel 1874 (5) fù dato l' incarico di redigerlo, l' avrà compito alla fine dell' anno corrente.

---

(1) Cfr. G. Bruns, Kleinere Schriften, Weimar 1882, II pag. 445; G. Geib, Die Rofo.me des deutschen Rechtslebens, Leipzig 1848 pag. 46-47.

(2) F. Eisele, das deut. Civilgesetzbuch und das künft. Privatrechts-Studium in Deutschland, Freiburg i. B. 1885 p. 2; R. Sohm, Die deut. Rechtsentwick. und d. Codificationsfrage (Zeitschr. f. d. privat-und öffent. Recht del Grünhut, I n. VIII) p. 244. Cfr. B. Windscheid, Lehrb. des Pandektenr. 5e Aufl., Stuttgart 1879 p. VII-VIII. Un accenno a opposizioni regionaliste trovo in L. Enneccerus, F. C. von Savigny und die Richtung der neuer. Rechtswissenschaft, Marburg 1879, p. 43.

(3) V' ha chi dice « ben presto » (R. Stammler, Die Behandlung des röm. Rechts nach Einführ. des deut. Reichs-Civilgesetzbuches, Freiburg i. B. 1885 p. 1), e chi par che dica « non così per fretta » (H. Dernburg, Die Reform der jurist. Studienordnung, Berlin 1886 p. 31-32).

(4) Rivista italiana delle scienze giur., Roma 1887 vol. IV, p. 159.

(5) Maggiori particolarità in proposito in Behrend, Die neur. Privatrechts-Kodificat. (Holtzendorff, Encyklop. der Rechtsw. 4e Aufl., Leipzig 1882 p. 381). Cfr. anche Eisele, l. c., p. 2; M. A. Bethmann - Hollwegg, Ueber Gesetzgebung und Rechtsw, Bonn 1876 pag. 36.

*

La codificazione del diritto privato in Germania presenta un interesse storico pari alla intrinseca difficoltà: e perchè codesto si collega in modo principale col diritto romano, ne proviene che il fatto della codificazione del diritto privato cessa quasi d'essere, com' è veramente, un fatto interno a determinata nazione. Eventi meravigliosi, più di novella che d' istoria, (1) introdussero il diritto romano in Germania; e d' allora in poi il diritto romano occupa un posto singolare nella vita del popolo tedesco. Esaltato e trionfante da prima, benchè straniero; combattuto in seguito; novellamente tornato in onore al principio del secolo; e quasi subito depresso a' dì nostri. V' è qui un lato della lotta, che la civiltà germanica, « a disvincolarsi finalmente dalle strette della nostra », (2) sostiene da tempo; e, bisogna pur dirlo, con grandezza pari all' ardimento. E in cotal lato il futuro codice civile segnerà, come io credo, una di quelle « stazioni » (3), in cui, secondo si vede anche in altri, lo spirito germanico si rinfranca alla lotta. Se non fosse trita espressione, direi: il futuro codice civile è il principio della fine del diritto romano in Germania. Non mi sfugge, quanto sia facile errare in così recise sentenze; quanto massimamente, per più e diverse cagioni, a riguardo di cose straniere; e tuttavia non crederei di avere espresso alcun che di meno esatto. Certo, la promulgazione

(1) Cfr. La espressione di Ihering citata da W. Moddermann, Die Reception des röm. Rechts in Deutschl. (Uebers. von K. Schulz) Iena 1875 (Prefazione).

(2) P. Ellero, La riforma civile, Torino 1881 p. 450.

(3) Ellero, l. c.

del nuovo codice avrà l' effetto immediato di togliere (1) al Corpus Juris il valore formale, rimastogli in buona parte dei paesi tedeschi (2). E come e perchè siano per venirne altri effetti, e immediati, nei rapporti col diritto romano, si vedrà in breve.

Per qual modo il diritto romano sopravvivesse, più o meno, nell' antico territorio dell' impero alle irruzioni barbariche, e per quali vie, per virtù nostra, vi racquistasse efficacia, è abbastanza noto. Men noto, fra noi, come il diritto romano riuscisse in Germania: e quantunque, al mio scopo, io mi proponga delineare, non questo momento nella storia del diritto tedesco, ma i successivi, non posso nondimeno ometterne un cenno (3).

La conversione al cristianesimo e l' unione del popolo tedesco all' impero franco sono i due avvenimenti, che prepararono la recezione del diritto giustinianeo in Germania (4). Restaurato infatti l' impero romano, e passatane la corona a re tedeschi, si diffuse anche in Germania la credenza che cotesto diritto avesse vigore di legge imperiale. La credenza si connetteva a dottrine politiche allora comuni; quelle cioè, che il nuovo impero fosse continuazione dello

---

(1) Non ha fondamento alcuno, se non erro, ciò che dice A. Pann, Zur Reform des jurid. Studienwes., Wien 1887 p. 27, che « forse si darà al diritto romano valore di diritto sussidiario », dopo la pubblicazione del nuovo codice.

(2) Cfr. per i paesi tedeschi, ove vige sempre il diritto (privato) comune, E. I. Bekker, System d. heut. Pandektenr. I, Weimar 1886 § 4, nota *f*; e Roth, cit. da lui in not. *a*.

(3) La storia della recezione del diritto romano in Germania ha una letteratura speciale, sorta specialmente in questo secolo. Ved. Moddermann, o. c. (che riassume le ricerche de' più recenti scrittori tedeschi) e i citt. ibid. p. 2, n. 2 : e gli altri citt. da Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts 6.e Aufl. 1887 § 1 n. 3. Cenni sulla recezione s trovano nelle storie del diritto tedesco, nei trattati di pandette e di diritto privato tedesco, nell' enciclopedie giuridiche, e in qualche libro speciale.

(4) Cfr. G. Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843 p. 7.

antico; che Iddio avesse data la signoria del mondo ai romani a cagione delle loro virtù; e che il Papa in nome di Dio l'avesse trasferita ai germani (1). Quando perciò in Italia si ravviva lo studio del diritto romano, esso trova favore e larghezza di privilegi presso gli imperatori tedeschi; e ne' primi di casa Sveva sopra tutti (2). Contemporaneamente, col crescere in potenza della Chiesa, si forma quel suo diritto, fondato in sostanza sul Corpus Juris, che si disse « canonico »; e l' insegnamento di esso si aggiunge in Bologna all' insegnamento del diritto romano; e la pratica se n' avvia necessariamente anche in Germania (3). Allora le nostre università si popolano di studiosi alemanni (4), vaghi di un diritto, che in certo modo riguardano come nazionale; e che se non ha per se stesso valore pratico in Germania, l'ha nondimeno in quanto è compreso nel diritto canonico. Alla metà del secolo XIV, la conoscenza del diritto romano in Germania nelle classi più elevate è larghissima, sia per codeste relazioni con l' Italia, sia per l' insegnamento del diritto canonico; e già vi sono traccie d' applicazione (5) del Corpus Juris nella pratica dei tribunali civili. Verso la fine dello stesso secolo incomincia l' insegnamento del diritto romano nelle università tedesche, prendendovi consi-

(1) O. Franklin, Beiträge zur Gesch. der Reception des röm. Rechts in Deutschl., Hannover 1863 p. 127.

(2) Moddermann, o. c., p. 32 e i citt. ibid.; R. Stintzing, Gesch. der deut. Rechtsw., München 1880-1886 I p. 7.

(3) Beseler, l. c., p. 29.

(4) O. Stobbe, Geschichte der deut. Rechtsquellen, Braunschweig 1860 I p. 625 e seg. (cfr. II p. 90 e seg.); Franklin, o. c., p. 125 n. 12; Muther, Zur Gesch. der Rechtswissenschaft und der Uuiversitäten in Deutschland, Jena 1876 p. 399 e seg.

(5) Cfr. Windscheid, o. c., § 1 n. 8.

stenza e importanza sempre maggiore (1). I dottori tedeschi crescono in favore presso le potestà politiche ed ecclesiastiche, che di essi compongono i loro consigli amministrativi (2). I giudici popolari, preposti all' applicazione del diritto e delle consuetudini germaniche, scemano d' autorità; e si comprende come il popolo stesso preferisse sottoporre a dottori la decisione delle proprie controversie (3). Le mutazioni (4) avvenute nel processo e nell' ordinamento giudiziario aumentano l' influsso di quest' ultimi sopra i giudicati; finchè poi, più lentamente, alle magistrature popolari sottentrano magistrature di dottori (5). E l' opera de' nuovi decidenti restringe sempre più l'applicazione del diritto nazionale, da essi o non conosciuto o disprezzato (6). Quando nell' anno 1495 si costituì un Tribunale Supremo dello Impero *(camera imperii)* con tale ordinamento, che la metà dei giudici fossero dottori, e dovessero applicare « il diritto dell' Impero e il diritto comune » (7); non si fece che riconoscere legislativamente il trionfo già compiuto del diritto romano (8). E notiamo bene: il diritto romano, che ora si introduceva in Germania, era, di

(1) Stobbe, o. c. I p. 630; Stintzing, o. c. I p. 22 e seg.; H. Zöpfl, Deut. Rechtsgeschichte, Braunschweig 1871, I § 27, IX e i citt. ibid. Cfr. anche Moddermann, o. c., p. 40 e seg.

(2) Moddermann, o. c., p. 44-45 e i cit. ibid.

(3) Modderman, o. c., p. 52 n. 3 e i citt. ibid.; specialmente A. Stölzel, Die Entwick. des gelehrt. Richterthums in deut. Territorien, Stuttgart 1882.

(4) Stölzel, o. c. I p. 596. Ved. anche Stintzing, o. c., I p. 49 e seg.

(5) Cfr. Dernburg, Pand. citato I § 3, n. 7.

(6) Beseler, o. c., p. 37; Stobbe, o. c. I p. 651, II p. 117 n. 16; C. F. Eichhorn, Deut. Rechtsgeschichte, Göttingen 1844 p. 337 nota *h*.

(7) Cfr. Stobbe, o. c. II p. 111 alla n. 5.

(8) Eichhorn, o. c. III p. 339, 340; Zöpfl, o. c., p. 219; Stintzing, o. c., I p. 55.

fatto, (1) quello determinato dalle scuole e dai tribunali italiani, specialmente del secolo XIV, e da loro modificato in relazione a vedute o necessità italiane (2); perchè d'una scienza giuridica alemanna non v' è germe nel momento di cui parliamo. — Come in ogni mutazione di ordini sociali che tocchi interessi privati, non mancarono proteste e opposizioni (3) più o meno vive; le quali però non assunsero per varie cagioni carattere nazionale (4). Dalla fine del secolo XV, scienza, pratica, legislazione concorrono ad estendere l'applicazione del diritto romano (5); e una copiosa, irruente (6), letteratura popolare, colmando « l'abisso tra la giurisprudenza sopravvenuta d'Italia e la vita civile della Germania » (7), diffonde sempre più la conoscenza del diritto romano (8). L'umanesimo e la trasformazione degli studii giuridici seguita nel secolo XVI, se anche in Germania scemano fama ai pratici italiani,

(1) H. Brunner, Deut. Rechtsgeschichte, Leipzig 1887 I p. 2; idem, in Holtzendorff, Encycl. citato p. 268; idem, Die Rechtseinheit, Berlin 1877 (Discorso) p. 8; Sohm, l. c., p. 258. O. Gierke, Naturrecht und deut. Recht, Frankfurt 1883 (Discorso) p. 21. Cfr. anche Beseler, o. c., p. 43; Stintzing, o. c., I p. 49.

(2) Beseler, l. c.; Sohm, o. c. passim. Con la recezione del diritto romano passano in Germania principii tutti italiani di diritto commerciale (Brunner, Rechtsg. citata p. 3); il diritto feudale longobardo; e il processo romano-canonico determinato dalla pratica italiana. Per il diritto penale, cfr. particolarmente Wächter, Gemeines Recht Deutschl., Leipzig 1844, p. 68.

(3) Moddermann, o. c., p. 96 e seg. e i citt. ibid.

(4) Moddermann, o. c., p. 99 e i citt. ibid. Cfr. anche Dernburg, Pand. (cit.) § 3 n. 3, e i citt. ibid. — In senso diverso anche Beseler, o. c., p. 40, 76.

(5) Stintzing, o. c., p. 649; Dernburg, Pand. (cit.) § 3, p. 5 alla n. 10.

(6) Cfr. R. Stintzing, Geschichte der populären Liter. des röm. — kan. Rechts in Deutschland, Leipzig 1857 p. XLVII.

(7) Stintzing, Gesch. der pop. Liter. (cit.) p. 38.

(8) Dernburg, Pand. (citato) I § 3 n. 6 e i citt. ibid.

accrescono la conoscenza del diritto romano puro; e quindi la portata della recezione (1). Il diritto nazionale, arrestato nel suo svolgimento, è sempre più sacrificato (2) al diritto straniero; perchè nella « cieca venerazione dell' antichità classica si era arrivati a credere che nel Corpus Juris si possedesse la ratio scripta »; « e che il diritto prima usato, altro non fosse che il frutto d' aberrazioni d' un' epoca di barbarie » (3). La riforma religiosa spezza la tradizione medioevale, ma non contrasta alla recezione; chè Lutero e Melantone son compresi del valore razionale del diritto romano (4). Anzi per i moti religiosi le università germaniche fioriscono di giuristi francesi e italiani; e de' primi i nomi più belli che vanti la letteratura francese del diritto romano (5). Durante tutto il secolo XVI, la pratica e anche la scienza .giuridica (6) seguono le traccie della scienza francese e della pratica italiana (7); nè vi ha più ricordo di lamenti contro il diritto romano: la prima metà del secolo XVI segna la pienezza nel trionfo del diritto romano in Germania. E qui tuttavia i tempi, nuovi in più d'un aspetto, ne accennano il declino.

(1) Cfr. Moddermann, o. c., p. 75.

(2) Moddermann, o. c., p. 76. Cfr., circa ai mezzi, O. Stobbe, Handb. des deut. Privatrechts, Berlin 1882 p. 23 e citt. ibid.; E. Hölder, Pandekten, Freiburg i. B. 1886 I pag. 10.

(3) Gierke, o. c., p. 20.

(4) Stintzing, Gesch. der d. Rechtsw. (cit.) I p. 272, 284, 286. Cfr. su Lutero, Stobbe, o. c. II p. 113 ; su Melantone, Stobbe, o. c. II p. 115 n. 13.

(5) Stintzing, Gesch. der d. Rechtsw. (cit.) I p. 367 e seg.

(6) Per qualche eccezione, cfr. Beseler, o. c., p. 43; Stintzing, Gesch. d. pop. Literatur (cit.) pag. XIX.

(7) Stintzing, Gesch. der d. Rechtsw. (cit.) I p. 523, II (München 1886) p. 1; Bruns (Holtzendorff, Encycl. citato) p. 389. — L' influsso della pratica italiana, in particolare, risulta in Stinzing, l. c., I p. 524, 525, 530, 532.

L' indirizzo erudito degli studii giuridici, successo all' umanesimo, aveva destato un senso critico, che diretto da prima contro i pragmatici, si rivolge ora contro il diritto romano. Dopo Lorenzo Valla, che in Italia sottopone a critica acutissima la lingua del Corpus Juris (1), il pensiero giuridico moderno doveva osare più assai contro il diritto classico: e campo a' maggiori ardimenti la Germania, naturalmente (2). Già « dal principio del secolo alle lagnanze contro i traviamenti in che era riuscito il diritto a cagione della scolastica si unisce in Germania il voto che l' imperatore, novello Giustiniano, riformi il diritto comune, e lo riconduca a semplicità e chiarezza » (3). Si narra perfino che Massimiliano I imperatore concepisse il piano di redigere ex novo il diritto civile; ed esortazioni in tal senso furono rivolte a Carlo V e a re Ferdinando (4). E se alle esortazioni non corrispose l' effetto, salvo che, in parte (5),

---

(1) Cfr. Stintzing, Gesch. der d. Rechtsw. (cit.) I p. 90.

(2) Sulla Francia e sopra Hotomanno cfr. Stintzing, o. sopra cit. p. 59, 375, 384.

(3) Stintzing, o. sopra cit. I p. 58. Cfr. Brunner, Rechtseinh. (cit.) p. 12; ove si determina anche il più remoto accenno d' una unificazione giuridica della Germania.

(4) Stintzing, o. sopra cit. I p. 58, cfr. I p. 258; Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. (cit.) II p. 140, 142.

(5) La costituzione criminale di Carlo V. dell'anno 1532 non potè esser pubblicata che a stento, dopo lunghe vicissitudini, e con una clausola (così detta clausola salvatoria) che lasciava tuttavia sussistere i diritti e le consuetudini locali, e indirettamente anche il diritto comune: Stinzing, o. sopra cit. I p. 59, 626, 628, 629; Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. (cit) II p. 243 e seg. — « Con maggior pertinacia (dice lo Stintzing) la ge-« losia regionale si sarebbe pronunciata contro una codificazione del diritto privato che « avesse tolta ogni autorità ai diritti locali. Si vide infatti d'allora in poi principi e città « assumere essi l'incarico delle riforme legislative; ed esercitarlo come se porgesse occa-« sione favorevole a raffermare la propria autorità legislativa, e a dare alla sfera di ciascun « domînio particolare la sua propria, distinta, delimitata costituzione giuridica » (l. c., p. 59: cfr. anche pag. 538).

a riguardo del diritto penale, fù colpa delle condizioni politiche della Germania. Sulla fine del secolo XVI, sorti e assodati i grandi stati moderni, si avverte (1) nella scienza giuridica di Europa un nuovo interesse verso i reali e locali bisogni del presente, e un deciso allontanamento dall' indirizzo erudito della scuola culta. La tendenza, notevole non meno in Francia (2) che in Germania, assume qui di necessità carattere di reazione (3) contro il moto recettizio del diritto romano. Anche prima della fine del secolo XVI, se non vi hanno più lamenti contro la recezione del diritto romano, dobbiamo (4) attribuirlo in parte alla circostanza che la pratica e la legislazione tedesca non accolgono più, come per l' innanzi, il puro diritto giustinianeo; ma lo adattano modificato all' elemento giuridico nazionale (5). Sono i primi segni che anche in Germania il pensiero giuridico, cresciuto alla scuola del diritto romano, è valido a contare sopra di se stesso (6), e a rinvenire così la coscienza della propria nazionalità (7): i primi fondamenti ad una giurisprudenza teorica indipendente dal diritto romano (8). Nella prima metà del secolo XVII, la nuova tendenza pratica-nazionale si estende; e acquista

---

(1) Stintzing, o. sopra cit. I p. 385, 652 (cfr. II p. 8). Sulle cause, cfr. idem, II p. 9.

(2) Stintzing, o. sopra cit. I p. 385, p. 655.

(3) Stintzing, o. sopra cit. I pag. 653. Cfr. anche C. A. Schmidt, Die Reception des römischen Rechts in Deutschland, Rostock 1868 p. 258 e seg.; Zöpfl. o. c., § 55 e seg.

(4) Stintzing. l. sopra cit.

(5) Cfr. anche Bruns, Schriften (cit.) I pag. 42 e seg.

(6) Cfr. Stintzing, o. sopra cit. II p. 2.

(7) Cfr. anche Beseler, o. c., p. 47, 48.

(8) Cfr. Stintzing, o. sopra cit. I p. 653, p. 547 e seg. Cfr. anche Beseler, o. c. p. .

quindi in Benedetto Carpzovio e in Ermanno Conring (1) una potente e duratura affermazione. Al Carpzovio, il vanto soprattutto (2) « di aver messo in evidenza l' intero diritto tedesco; quale derivato da fonti, parte indigene e parte straniere, vigeva effettivamente in Germania »: al Conring, il vanto soprattutto (3) di aver procurato un fondamento storico all' indirizzo nazionale della giurisprudenza tedesca. In generale, (4) la recezione del diritto romano in Germania aveva avuta per base teorica la credenza che l' impero romano-tedesco fosse continuazione dell' antico: e nel secolo XVI particolarmente, il nostro Sigonio (5) aveva dato credito anche in Germania alla favola che Lotario II, donando ai Pisani il manoscritto delle Pandette predato in Amalfi, prescrivesse l'uso del diritto romano ne' tribunali dell' Impero e l'insegnamento in pubbliche scuole. La confutazione di quella favola (6); la dimostrazione che il diritto romano s'era introdotto in Germania a poco a poco, e per consuetudine giudiziale; e la idea, quasi corollario delle precedenti, che il Corpus Juris non v' abbia valore in complexu, ma in quanto e nelle parti accolte fin allora dall' uso; resultano dal libro « de origine juris Germanici » del Conring (7). E il libro, ispirato in sostanza

(1) Oltre Stintzing, ll. cc. nelle nn. segg. e Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. (cit.) I p. 418 e seg.; cfr. ora Bekker, o. c. § 14.

(2) Stintzing, o. sopra cit. II p. 66, e p. 6. Stintzing chiama il Carpzovio « padre della scienza giuridica tedesca e fondatore del diritto e della procedura penale » (l. c., p. 66 e p. 72).

(3) Stintzing, o. sopra cit. II pag. 3-4.

(4) Stintzing, o. sopra cit. II p. 16.

(5) Brunner, Rechtsgesch. (cit.) p. 15.

(6) Cfr. Stintzing, o. sopra cit. II p. 174 e seg.; Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. (cit.) II p. 419.

(7) Stintzing, o. sopra cit. II p. 4.

a pensieri diffusi in larga cerchia, talora parzialmente espressi, specie in scrittori di diritto pubblico (1); trova alla fine, non senza lotta, favore e approvazione (2). È allora che incomincia a disputarsi sopra il contenuto della recezione del diritto romano; che la scienza giuridica tedesca si rivolge la domanda del quantum di diritto romano vigente (3). E se dopo contesa (4) prevalse la massima (5) che il Corpus Juris vige in Germania come un tutto (in complexu), e non per singole parti o regole giuridiche; nondimeno è allora appunto, che si fissa irrevocabilmente (6) l'eccezione, formulata poi (7) nel notissimo: « quidquid non agnoscit glossa non agnoscit curia ». Anche innanzi, l'eccezione era stata applicata dalla pratica tedesca sull'esempio della nostra: ma la conferma teorica della medesima acquista ora un significato speciale; sia di fronte al discredito in che eran cadute dopo i Culti le vecchie scuole italiane, sia di fronte alla circostanza (8) che il Corpus Juris del Gothofredo, divenuto dominante nel foro, accoglieva le leggi glossate e le non glossate.

Nella seconda metà del secolo XVII, la scienza giuridica tedesca prosegue l'opera del Carpzovio (9). I sistemi fin allora

---

(1) Stintzing, o. sopra cit. II p. 4 in f., p. 178-180.

(2) Cfr. Stintzing, o. sopra cit. p. 16-17. Sulla lotta particolarmente, p. 180 e seg.

(3) Stintzing, o. sopra cit. II p. 18, e p. 182 e seg.

(4) Stintzing, ll. cc.

(5) La massima si formulò poi così: « qui legem justinianeam pro se allegat intentione gaudet fundata »: Stintzing, o. sopra cit. II p. 19, p. 188.

(6) Stintzing, o. sopra cit.

(7) Stintzing, o. sopra cit. II p. 19 e seg.

(8) Stintzing, o. sopra cit. II l. c.; Wendungen und Wandlungen der d. Rechtsw., Bonn 1879, (Discorso) p. 13.

(9) Stintzing, Gesch. d. deut. Rechtsw. (cit.) II p. 6.

per contenuto così fatti, « da sembrare valessero più o meno per qualunque paese », « si svincolano dalla cornice della universalità ». Coi nomi di « usus modernus juris romani in foro germanico », « praxis moderna ad jus Romanum » si cerca « principalmente di determinare la portata delle fonti di diritto esistenti in Germania; fra le quali l'usus, l'observantia » « tengono il primo posto »: creando, « per tal modo il diritto vigente in Germania » (1). E in questa dogmatica, creata sopra realtà di condizioni giuridiche, viene allora a rivelarsi, « che la recezione non aveva già operato in modo da trasformare e distruggere fino alle radici; che in certe parti aveva appena esercitato un influsso; che un non piccolo numero di istituti germanici s' era tuttavia » « mantenuto; che se in certe materie era toccata al diritto romano la parte del leone », « erano state molto limitate le conseguenze de' suoi principii » (2). Così, con la fine del secolo XVII, la giurisprudenza tedesca poneva termine, e alla recezione del diritto romano (3), e alla recezione e alla autorità della pratica italiana (4): la giurisprudenza tedesca del secolo XVII « ha chiusi i conti e tirate le somme » (5).

Frattanto le stesse cause, ond' era sorto un indirizzo pratico nella scienza giuridica di tutta Europa, ne avvivano nel campo del diritto pubblico un altro, che proseguito ed esteso al diritto privato, origina nuova disciplina e nuova scuola: il diritto natu-

(1) Stintzing, o. sopra cit. II p. 10-11. Cfr. Bruns, Schriften (cit.) I p. 43; W. Bornemann, Die Rechtsentw. in Deutschl., Berlin 1856 p. 40 e seg.

(2) Stintzing, o. sopra cit. II p. 6-7.

(3) Stintzing, o. sopra cit. II p. 7.

(4) Stintzing, o. sopra cit. II p. 8, e I p. 530-532; Cfr. Hölder, o. c. p. 13.

(5) Stintzing, o. sopra cit. II p. 7.

rale e la scuola del diritto naturale. — Antico il concetto di un diritto ideale, che la ragione discuopre nella natura umana, astraendo dalle contingenze del diritto positivo; e rilevato in Grecia, e più in Roma (1). La filosofia scolastica prima, e i Culti dipoi (2), sfatando l' aureola di che l' umanesimo circonfuse il diritto romano, davano al diritto naturale corpo e importanza sempre maggiori nei rapporti col diritto positivo (3). Ma, com' è noto, è circa alla metà del secolo XVII, che il jus naturale si svincola in tutto dalla teologia; assume propria forma sistematica, contenuto sempre più astratto, e decisa contrapposizione al diritto positivo (4). E subito, in Germania, culto e cultori, quanti non altrove (5). Concetto e contenuto del diritto naturale eran passati in Germania come elemento della recezione del diritto romano-canonico (6): e iniziatosi colà, nel modo già detto, il « processo di nazionalizzazione del diritto straniero » il jus naturale aveva avuta non piccola parte, e nella eliminazione di elementi romani inservibili, e nel ravvivamento di concetti giuridici germanici sopravvissuti alla recezione (7). I progressi della speculazione filosofica; le condizioni affatto eccezionali del diritto pubblico e privato; i difetti stessi della scienza del diritto positivo, cui l' impresa di fon-

(1) Gierke, o. c., p. 17.

(2) Gierke, l. c.

(3) Gierke, l. c. p. 21.

(4) Gierke, l. c.

(5) Oltre non pochi precursori di Grozio (Stintzing, o. sopra cit. I p. 328) appartengono alla Germania i più insigni cultori del jus naturale nel secolo XVI e XVII; ed è per essi specialmente, che il nuovo indirizzo si applica al diritto privato.

(6) Gierke, o. c. p. 16.

(7) Gierke, o. c. p. 17.

dere insieme gli elementi storici del diritto tedesco riusciva soverchia alle forze (1); avevano resa la Germania quasi sede predestinata della nuova scuola. Or quanto la scuola del jus naturale giovasse a formare una scienza giuridica tedesca, facile a comprendere; men facile, di prima giunta, come abbia giovato al ravvivamento di concetti germanici e alla formazione di un diritto nazionale. Pure è certo, che la scuola del jus naturale, « se eliminò molto di diritto medioevale germanico risparmiato » « dal diritto straniero; ha insieme eliminato somma incomparabilmente maggiore di diritto romano ». « E ciò che essa portò in ricambio, quest' era ne' suoi germi più fruttuosi essenzialmente germanico » (2). È osservazione di più d' uno (3), che le speculazioni filosofiche, intese ad erigere sulla pura ragione un sistema giuridico, sono sempre riuscite inconsciamente in un sistema determinato dalla storia. Si comprende così, come la scienza tedesca del gius naturale, in condizioni storiche per cui già il diritto positivo stesso era condotto ad un rilevamento del diritto nazionale, contribuisse allo stesso resultato. « E gli scrittori tedeschi di jus naturale combattono molte volte e con piena coscienza per

(1) Cfr. Stintzing, o. sopra cit. II p. 122-123; Bornemann, o. c., p. 42-43; Dernburg, Pand. (cit.) I § 17 p. 36.

(2) Gierke, o. c., p. 25. All' importanza della scuola del diritto naturale nella formazione del diritto tedesco accenna anche Beseler, o. c., p. 49-50. Fra quelli, che la rilevano nello stesso senso del Gierke, noto: Brunner (Holtzendorff, Encycl. citato) p. 271; Bruns (Holtzendorff, Encycl., citato) p. 389: Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. (cit.) II p. 416, 452 e ll. cc. alla nota seguente.

(3) Principalmente dello Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. II p. 433 n. 51, che riferisce anche altri in cui ve n' è cenno; ma applicata più in esteso ne' rapporti col diritto tedesco, dal Gierke, o. c., pag. 14. Vedila poi in Stintzing, Wendungen (cit.) p. 16; Jhering, Esprit du droit romain trad. par Meulenaere, Paris 1880 I p. 12; e in altri molti.

il diritto germanico e contro il diritto romano. Non è rara osservazione presso di loro, il semplice diritto delle costumanze germaniche, quali già le dipingeva Tacito, approssimarsi assai più al jus naturale che non l' artifizioso diritto del denaturato mondo romano; ed esser tempo di scuotere il giogo imposto per motivi egoistici dalla cherica e dalla toga, e di tornare ai sani fondamenti del diritto germanico » (1). Così fatta tendenza della scuola tedesca del jus naturale « si riscontra in Boemero, in Wolfio e in altri » (2); ma è sopra tutti (3) notevole in Cristiano Tomasio, cui, non a torto, la scienza odierna del diritto germanico (4) attribuisce straordinaria importanza nel rilevamento di questo diritto. « Novatore in tutto » (5), è tale specialmente contro il romanismo (6). Primo (7), in Germania ad abbandonare nell' insegnamento cattedratico la lingua latina; primo (8), a riaffacciare la tesi del Conring, ormai da tempo respinta dal foro e dalla dottrina, che il diritto romano non vale in Germania in complexu; primo (9), a emetter l' idea di un insegnamento universitario di diritto germanico. In molteplici scritti egli dichiara causa vera del miserevole stato della scienza e della pratica dei

(1) Gierke, o. c., p. 25. Cfr. sull' idea di un abbandono del diritto romano in quest'epoca : Stobbe, o. sopra cit. II p. 426 alla n. 4.

(2) Gierke, l. c.

(3) Gierke, l. c.

(4) Cfr. Stobbe, o. sopra cit. II p. 241.

(5) Forti, Istituzioni di diritto civile, Firenze 1863 I p. 522.

(6) C. A. Schmidt, o. c., p. 262.

(7) C. A. Wagner, Christian Thomasius (Ein Beitrag zur Würdigung seiner Verdienste um d. deut. Literatur) Berlin 1872 p. 7 e seg.

(8) Stintzing, o. sopra cit. II p. 188. Cfr. anche Stobbe, o. sopra cit. II p. 422-423.

(9) Stobbe, o. sopra cit. II p. 422.

suoi tempi la recezione del diritto romano (1). Secondo lui, il Corpus Juris vale in Germania in una decima o ventesima parte; o almeno non dovrebbe valere che in questa esigua misura (2), ove si avesse riguardo ai principii del jus naturale. Ed è così che egli arriva perfino a proporre d'abolire la successione testamentaria; per ritornare all' esclusività della successione legittima, propria del diritto germanico (3).

Nella prima metà del secolo XVIII, l' indirizzo filosofico, trionfante nella scienza giuridica d'Europa, riaccende dappertutto l' attività legislativa. In Germania la codificazione s' era come arrestata alla fine del secolo XVI, quantunque i voti per essa durassero tutto quel secolo (4). Il Conring poi, « libero dalle catene del sapere romanistico della scuola » (5), rinnovando que' voti nel suo celebre libro, li informava ad una nuova idea. Gli antichi progetti di riforma e di unificazione del diritto (già accennati) miravano a riprodurre il contenuto del Corpus Juris, liberandolo dalle controversie scolastiche (6). Fù invece idea del Conring di sostituire al Corpus Juris un codice di forma e di contenuto popolare, redatto brevemente in lingua tedesca. La quale idea era stata in ultimo accolta in certo modo dal

---

(1) Stobbe, o. sopra cit. II p. 422.

(2) Stobbe, o. sopra cit. II p. 422, n. 25.

(3) Gierke, o. c., p. 25.

(4) Stintzing, Gesch. d. d. Rechtsw. (cit.) p. 59.

(5) Brunner, Rechtseinh. (cit.) p. 13 (cfr. in Holtzendorff, Encicl. citato, p. 271) Ved. anche Stintzing, Gesch. d. d. Rechtsw. (cit.) II p. 177.

(6) Brunner, l. c. — V. anche Stobbe, o. sopra cit. II p. 426-427.

Leibnitz, (1) « un tempo seguace delle antiche idee di riforma; » e proseguita dalla scuola del gius naturale, e specie dal Tomasio (2). Elevati ora più che mai, i voti per la codificazione ottengono effetto, benchè particolare a singoli stati. Sotto l' influsso delle idee di Wolfio e di Tomasio, le nuove codificazioni, a differenza delle antiche, tolsero efficacia, in tutto o in parte, al diritto comune; e usarono alla fine la lingua volgare (3). Non cangiarono molto, in sostanza, del diritto esistente, (4) malgrado il predominio del jus naturale in quell'epoca: e tuttavia, nel modo e per la ragione già detti, molto se n' avvantaggiò il diritto nazionale; « più assai che i redattori non n' avesser coscienza. » (5).

Nell' ultima metà del secolo XVIII, tutto il vigore della scienza giuridica tedesca sembra esaurirsi nell' opera delle codificazioni. Si sarebbe quasi supposto avviarsi un' epoca di decadenza: e fù tutt' altro. Möser e Hugo negli ultimi anni del secolo affermano l' importanza della storia ne' rapporti del diritto at-

---

(1) Brunner, l. c.; Behrend, l. c. — Cfr. Stobbe, o. sopra cit. II p. 427, n. 36. Un tentativo di attuazione scientifica dell' idea espressa più specialmente dal Leibnitz fu fatto nel 1777 da quel I. G. Schlosser ricordato dallo Stobbe (l. c.). Il libro di lui, non citato dallo Stobbe, è assai curioso; e ha per titolo: Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deut. bürg. Rechts ohne Abschaffung des röm. Gesetzbuchs, Leipzig 1777.

(2) Brunner, Behrend ll. cc.

(3) Behrend, l. c. p. 303; Stobbe, o. sopra cit. II p. 429.

(4) Stobbe, o. sopra cit. II p. 452.

(5) Stobbe, o. sopra cit. II p. 433; cfr. II. p. 481. Ved. anche E. T. Gaupp, Ueber die Zukunft des deutschen Rechts, Breslau 1847 p. 42 e seg. specialmente p. 62; Bornemann, o. c., p. 57, 81.

tuale (1); l' importanza, in special modo, della storia del diritto romano. Favorito dagli eventi politici e dall'evoluzione della filosofia germanica, (2) svolto ulteriormente dal Savigny, l' indirizzo nuovo doveva elevare la giurisprudenza alemanna allo splendore che s' ammira oggigiorno. È noto come ai primi del secolo la potenza Napoleonica opprimesse l'Alemagna; e come, a maggior danno, (3) v'introducesse in più stati i codici francesi, o nella loro integrità, o con poche modificazioni (4). La riscossa nello spirito nazionale germanico e le vittorie seguitene, avevano sollevata in molti la speranza si costituirebbe una Germania unita politicamente, e con vincoli più saldi che non quelli del santo romano impero. Prima ancora che il congresso di Vienna rendesse vana quella speranza (5), « un distinto giurista », il Thibaut, in uno scritto (6) nobilmente patriottico esorta la Germania a profittare dell' occasione, in che un nuovo mutamento nel diritto esistente si mostra necessario, per creare una legislazione unica,

---

(1) Cfr. Bekker, System (cit.) § 15 alla nota *a*; B. Brugi, Fasti aurei del diritto romano, Pisa 1879 p. 217 e seg. Gli studi storici del diritto dai Culti in poi non s'erano, in realtà, più spenti. Ma, oltre che decaduti, avevano mero carattere di ricerche antiquarie; da che alla storia non si attribuiva alcun valore nella conoscenza e formazione del diritto positivo.

(2) Cfr. Bruns, Schriften (cit.) II p. 441 e seg.

(3) F. C. Savigny, Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 3e Aufl. Heidelberg 1840, p. 57; Stobbe, o. sopra cit. II p. 483-484.

(4) Cfr. Stobbe, o. sopra cit. II p. 481 e seg.

(5) Beseler, o. c., p. 56. Savigny, o. c, p. IV (Pref. alla 2ª ed.)

(6) Ueber die Nothwendigkeit eines allg. bürg. Rechts für Deutschland, Heidelberg 1814. In seguito altre due edizioni. Io citerò in queste note dietro la terza, Heidelberg 1840. Dietro di essa, citerò alcune recensioni del Thibaut su scritti del Savigny e d' altri, aventi relazione con quello citato ed ivi contenute.

soprattutto pel diritto civile (1); una legislazione, come egli si esprimeva più volte (2), creata da forze tedesche, ispirata a sensi tedeschi (3). Il nostro diritto comune, osservava il Thibaut, nella sua parte sostanziale resulta dalla legislazione romana - giustinianea; la quale non ha, (4) nè i pregi formali, nè i pregi sostanziali di una buona legislazione; anzi, soprattutto quest' ultimi, le fanno difetto. « Sta contro il diritto romano soprattutto (dice il Thibaut) che il più delle sue disposizioni è intimamente cattivo; specie in rapporto alla Germania (5). La parte veramente legislativa del diritto romano non si attaglia a noi, anche quando si può dirla non proprio cattiva e

(1) Thibaut, o. c., p. 6.

(2) Cfr. o. c., p. 17, 43 in pr.; e sopratutto p. 26.

(3) Sebbene quà e là nello scritto del Thibaut vi siano accenni ai vantaggi politici dell' unità giuridica, quelli su cui maggiormente insiste (non senza studio, com' io credo) sono i vantaggi amministrativi, scientifici, didattici: e l' intento, da cui dichiara d' esser principalmente mosso, è quello di portare un rimedio allo stato « deplorevole » della scienza e della pratica. Anzi fin da principio (p. 2) egli riconosce utile e conforme al carattere tedesco, che la Germania rimanga divisa in più stati. Invece nella recensione dello scritto del Savigny « Vom Beruf » etc. il vantaggio politico resulta messo in prima linea (l. c. p. 90).

(4) Cfr. o. c., p. 6. Ved. anche Arch. f. die civil. Praxis XVI p. 394.

(5) o. c., p. 10. Cfr. anche p. 8. — Vedasi poi la recensione dello scritto del Savigny « Vom Beruf » (l. c., p. 95 in f. e p. 99): e specialmente la recensione di uno scritto del Pfeiffer (l. c., p. 109) « Ma ci dicano una buona volta chiaramente quali « sono le parti di diritto romano, diventate sangue e carne nostri, così che la loro eli- « minazione verrebbe a contrastare con la nostra intima natura .... Abbiamo sopportato, « è vero, il diritto romano per una buona serie di secoli; e vi ci siamo in certo qual « modo abituati, come ci si può abituare a un dolore etc. » Cfr. anche l' articolo del Thibaut, inserito nell' Archiv f. die civil. Praxis 1839 XXI p. 394, 395, 400. Su queste espressioni del Thibaut si veda ora: K. I. Bekker, Ueber den Streit der historische und der filosofische Rechtsschule, Heidelberg 1886 (Discorso) p. 6 n. 7 e p. 16 n. 38.

conforme allo spirito del popolo romano. Il carattere tedesco, fermo, temperato, semplice, è sempre riuscito a rapporti equi, morali, casalinghi ». « Il carattere romano era tutt' altro. Intere masse dell' antico diritto romano si ricollegano » « a una specie di durezza e pedanteria militare. È vero (continua il Thibaut) che gli svolgimenti successivi del diritto romano n' hanno temperata la prima natura; ma non n' è venuta una radicale trasformazione, neppure dopo gli sforzi de' pratici tedeschi » (1). Insomma, emergeva dai ragionamenti del Thibaut, sebbene non esplicito (2), che all' unità giuridica della Germania doveva accompagnarsi una eliminazione del diritto romano; e i nuovi codici formarsi di elementi, in teoria ricavati dalla ragione, e in fatto dall' antico diritto germanico (3). È in tutto, come si vede, la tendenza caratteristica della scuola tedesca del jus naturale.

Le allusioni piccanti, sparse nello scritto del Thibaut all'indirizzo storico e romanistico (4) promosso da Hugo, e anche alle persone che n' eran seguaci (5), provocavano una risposta. La quale venne, com' è noto; e dal Savigny, e non ristretta al

---

(1) o. c., p. 12.

(2) Cenni più espliciti di una eliminazione del diritto romano si hanno negli scritti posteriori; come nella recensione dello scritto del Pfeiffer (l. c. più sopra). V. anche la recensione del Programma del « Giornale per la scienza storica del diritto » (o. c., p. 123).

(3) Cfr. tuttavia, per l'idea che il Thibaut s'era formata del diritto germanico, Bluntschli, Die neuer. Rechtschulen der deutschen Juristen, 2e Aufl., Zürich 1862, p. 8 e seg.

(4) Cfr. o. c., p. 23, 41, e p. 45 e seg.

(5) Oltre quella a p. 53, che il Thibaut stesso, nella recensione dello scritto del Savigny sopra indicata, dichiarò diretta al Savigny (o. c., p. 89); parmi vi sia un' allusione al Savigny, in particolare, anche a p. 10 in pr.

punto della unificazione del diritto in Germania (1). Ma relativamente ad esso, la risposta diceva nella sostanza, (2) se non nelle precise parole, cosi :

« Per più riguardi (3), nessun paese d' Europa, e meno « d' ogni altro la Germania, è oggi preparato (4) all' ardua im- « presa (5) della codificazione del diritto privato (6); pur

(1) « Vom Beruf » già citato. La prima edizione è del 1814, la seconda del 1828; la terza (di cui mi valgo) del 1840. Si sa come in questo opuscolo il Savigny ponesse i fondamenti filosofici e giuridici della scuola storica.

(2) I più ritengono che il Savigny non abbia respinta la codificazione del diritto privato, in modo assoluto, ma solo relativamente a' suoi tempi. Citerò: Eisele, l. c., p. 2, Bluntschli, o. c., p. 13; Enneccerus, l. c., p. 42 e seg. Bruns, Schriften (cit.) II p. 444-45; L. Goldschmidt, Die Nothwendigkeit, eines deut. Civilgesetzbuches (Wochenschrift « Im neuen Reich » 1872) p. 486; Bethmann-Hollwegg, o. c., p. 7, (che però ammette la reputasse inutile in tempi di fiorente giurisprudenza). E ai più mi è sembrato dovere accedere. (Quanto all' opinione di chi aderiva al Savigny, cfr. E. T. Gaupp, Ueber die Zukunft des deut. Rechts, (cit.) p. 95). Qualcuno invece ritiene la respingesse in modo assoluto: Brunner, Die Rechtseinheit (cit.) p. 15-17; E. H. Hölder, Savigny u. Feuerbach, Berlin 1881 p. 29-30; cfr. anche C. Nani, Vecchi e nuovi problemi del diritto (Discorso) Torino 1886 p. 30 e n. 37. Neppure v' è accordo completo circa alla valutazione degli argomenti del Savigny; e se il non avvenimento del Codice sia stato un bene o un male, comunque non sia punto dipeso dal Savigny che non avvenisse. Da un lato, p. e.: Enneccerus, l. c.; Eisele, l. c.; Bürkel, Archiv für die civil. Praxis LV. p. 155-156. E dall' altro: Jhering, l. c. dall' Enneccerus; Bekker, Ueber den Streit (cit.) p. 14-15. Quest' ultimo, in particolare, osserva che il Savigny sembra aver dimenticato ciò che i grandi legislatori, da Mosè a Suarez, operarono per lo svolgimento del diritto: osservazione, che già il Bethmann-Hollwegg aveva avanzata (o. c., p. 7-8), e l' Enneccerus respinta (o. c., p. 42).

(3) Vom Beruf (cit.) p. 48.

(4) Vom Beruf (cit.) p. 45 e seg., p. 158-159. Crf. Zeitschrift für geschicht l. Rechtsw. III p. 9, 49, e specialmente p. 18 n. 18 e p. 19.

(5) Vom Beruf (cit.) p. 50.

(6) Il Savigny pose la quistione più specialmente a riguardo del diritto privato.

« ammettendo vi sia vantaggio a imporre un diritto uniforme a « tutta quanta la Germania (1). Il diritto non è un vestito, che « si possa metterlo e mutarlo a capriccio (2): è un prodotto « naturale della vita delle singole nazioni (3); come la lingua, « i costumi, la costituzione politica (4): un prodotto, che si « determina per fasi successive, ciascuna delle quali non può « non avere fondamento essenziale nelle precedenti (5). Di qui « due conseguenze. La prima, che il contenuto di un codice deve « esser dato, in massima parte, dal diritto esistente (6), e perciò « in Germania dal diritto romano. Del quale, a prescindere dal « valore sostanziale, nè si può mettere in dubbio la prestanza « tecnica (7), nè si può lamentare l' influsso sul diritto tedesco; « da poi che tutta la letteratura e tutta la civiltà nostra ha risen- « tito l' influsso romano (8). La seconda, che a contribuire « scientificamente ai progressi del diritto attuale, anche per mezzo « de' codici; è necessaria una profonda investigazione storica (9), « che determini il contenuto del diritto positivo nel suo divenire. « E codesta, che in rapporto alla Germania deve abbracciare « imparzialmente tutte le fonti del diritto tedesco (10), dirigen-

(1) Cfr. Vom Beruf (cit.) p. 41 e seg.

(2) Cfr. Zeitschrift f. g. Rechtsw. (cit.), I p. 6.

(3) l. c. alla n. precedente. Cfr. Sistema (cit.) p. 121.

(4) Vom Beruf (cit.) p. 8.

(5) Vom Beruf (cit.) p. 112. Cfr. Zeitschrift f. g. Rechtsw. (cit.) I pag. 4, III pag. 6 in f.

(6) Vom Beruf (cit.), p. 17-18, p. 20-21; cfr. p. 31-32.

(7) l. sopra cit. p. 35, 39.

(8) l. sopra cit. p. 37, 38.

(9) l. sopra cit. p. 113-114.

(10) l. sopra cit. p. 117-118.

« dosi soprattutto al diritto romano come a fonte più importante; « può dirsi appena avviata. Sicchè, se da un lato si riflette che « la capacità sistematica de' nostri giuristi è molto scarsa; (1) « e dall'altro, che a redigere un codice son necessari mezzi di « espressione tecnicamente adequati, che per ora non si riscon- « trano nella lingua tedesca (2); si vedrà del tutto confermata « per il momento attuale (3) la nessuna attitudine della Ger- « mania alla codificazione del diritto privato. »

La polemica, iniziata dallo scritto del Savigny, si fece ardente in sulle prime; non meno per il numero degli scritti e la fama degli scrittori, che per la vivacità con la quale il Savigny e il Thibaut vennero in date occasioni a riprenderla. Sopì subito dopo, quando fù chiara l'avversione de' governi restaurati ad ogni mutamento (4); e per qualche tempo la tesi della unificazione e codificazione del diritto venne riassunta con intenti meramente teorici. Intanto però i giuristi più autorevoli s'erano espressi nel senso, che ove fosse intrapresa in Germania una codificazione del diritto privato, questa dovesse « rannodarsi il più strettamente possibile al diritto esistente », « così da mantenere insieme cogli istituti » « germanici anche » « i concetti fondamentali del diritto romano; non come prescrizioni di un codice straniero, ma in quanto per uso di più secoli » « diventati veramente nazionali » (5).

PROVINCIA DI TORINO

(1) l. sopra cit. p. 48-50.

(2) l. sopra cit., p. 52.

(3) Zeitschrift f. g. Rechtsw. (cit.) III p. 14: « Aber wie wir jetzt stehen, können wir kein Gesetzbuch machen ». Cfr. anche i luoghi citati alle nn. precedenti; e gli AA. citt. dal Bürkel, l. c., p. 154-155.

(4) Bekker, Ueber den Streit (cit.) p. 9.

(5) È così che il Thibaut stesso riferisce l'opinione espressa dal Pfeiffer (o. c., p. 109). Ved. anche Zeitschrift f. g. Rechtsw. (cit.) III p. 33; e M. S. Meyer, Ueber röm. Recht und neue Gesetzg., Tübingen 1839, p. 4-5, p. 27.

Si sa che le idee della scuola, alla quale il Savigny stesso dette l' appellativo di « storica », si estesero, uscendo perfino dal campo del diritto, affermandosi specialmente di fronte al diritto privato; e che il jus naturale perdè subito « quella posizione di forza dirigente della scienza giuridica tedesca » (1), di cui godeva da più di un secolo. L' importanza, o sovrana o grandissima, del diritto positivo e della sua storia per ogni ulteriore svolgimento giuridico, è quasi da tutti riconosciuta (2). Di nuovo si diffonde in Germania un fervore di ricerche storiche sul diritto e sulle antichità di Roma, quale due secoli indietro (3). La fortuna stessa lo seconda: le fonti storiche del diritto romano, immutate dal secolo XVI in poi, si accrescono per scoperte di tal valore, per cui (a tacer d' altro) anche la dogmatica del diritto romano doveva esserne, più o meno, direttamente o indirettamente, toccata. Apparve allora più manifesto quanto il puro diritto romano distasse da quello, che fissato dai pratici italiani o tedeschi, era divenuto parte sostanziale del diritto comune; e quanto spesso frainteso, e malamente corretto o modificato. E, come di conseguenza, parte coscienti e parte inconscienti, le forze de' dogmatici della scuola storica si volgono a introdurre nella pratica (4) i prin-

(1) Brunner, deut. Rechtsg. (cit.) p. 18.

(2) È perciò che ben presto s'ebbe come terminata la lotta fra le due scuole. Cfr. Bekker, Ueber den Streit (cit.) p. 13; Jhering, Unsere Aufgabe, nei Gesammelte Aufsätze aus d. Jahrb. f. d. Dogm. I p. 1-2.

(3) Bluntschli, Die neuer. Rechtsschulen cit. p. 24-25; Stintzing, Wendungen (cit.) p. 26; E. Laboulaye, Essai sur la vie et les doctrines de F. Ch. Savigny, Paris 1842. p. 63.

(4) J. F. Kierulff, Theorie des gem. Rechts, I Altona 1839, p. XIX-XX. Cfr. anche: R. Schmid, Theorie und Methodik des bürg. Rechts, Jena 1848, p. 51-52; C. A. Schmidt, Reception (cit.) p. 43-44; Bornemann, o. c., p. 50 Cfr. anche Savigny, Sistema (cit.)

cipii di diritto romano novellamente determinati. Già nel 1804 il Savigny stesso n' aveva dato l'esempio a riguardo del possesso nel celebre trattato (1); e sia nella polemica col Thibaut (2), sia (e meglio) nel « Sistema di diritto romano attuale », egli ebbe precisato il compito de' nuovi giuristi di fronte a' pratici tedeschi del secolo XVII: mantenere quanto resultasse dalla trasformazione di istituti giuridici romani, se buono, ragionevole, e derivante dai nuovi bisogni; respingerlo invece, come teoria cattiva che deve sempre cedere il posto ad una migliore, se prodotto da un errore di scienza; senza che si possa addurre a sua difesa un lungo e pacifico possesso (3). Pertanto la scuola storica, disfacendo (4) l'opera dei pratici del secolo XVII, veniva (cosciente o no, ripeto) a riaprire (5) in Germania la recezione del diritto romano chiusa per virtù di quelli; e a riaprirla con tale una larghezza nuova di sussidii storici, da crescerne non poco la portata. Contribuiva all' effetto l'idea stessa che i seguaci della scuola storica si formarono del valore e significato della recezione. Mentre il Savigny (6) si limita a dichiarare causa della recezione i mutamenti

---

p. 6-7 e p. 112-113. E più di recente: Jhering, Unsere Aufgabe, l. c., I p. 16 e seg, specialmente p. 33, 33; Bruns, in Holtzendorff's Encycl. (cit.) p. 390 in pr. (cfr. idem, Schriften, cit. II p. 463); Sohm, o. c., p. 258, 268, 269; Brunner, Rechtseinheit (cit.) p. 16 e in Holtzendorff's Encycl. (cit.) p. 272.

(1) Cfr. Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig 1886 p. 356-357. Cfr. Enneccerus, o. c., p. 29-30.

(2) Vom Beruf (cit.) p. 119.

(3) Sistema (cit.) § 21 p. 111.

(4) Moddermann, o. c., p. 107, n. 1 (e Sohm, ivi citato, o. c., p. 258, 274) e anche p. 124; H. Ahrens, Jurist. Enciclopädie, Wien 1855 p. 369; C. A. Schmidt, Reception (cit.) p. 230 in n.; Brunner, ll. cc. — Ved. l' addebito fatto alla scuola storica di avere accresciuto le liti, in Ahrens, l. c., p. 371, n. 2.

(5) Moddermann, l. sopra cit.

(6) Sistema, cit. § 18, p. 100.

apportati dalla civiltà nei rapporti della vita tedesca; il più eminente de' suoi scolari, il Puchta, riconoscendo che i romanisti della recezione si adoprarono a tutta possa in opprimere il diritto germanico (1), aggiunge francamente non potrebbe far loro alcun rimprovero chi senza preconcetti ponesse mente alla storia della Germania (2).

Nel 1840 usciva il primo volune del « Sistema di diritto romano attuale » del Savigny, con immensa, universale, ammirazione o sorpresa (3). Fù il trionfo della nuova scuola: il « Sistema » del Savigny, e le « Pandette » del Puchta (4) addimostravano finalmente (5) ciò che potesse l' indirizzo storico nel campo del diritto attuale. Eppure è da quel momento (o quasi) che si fa sensibile (6) l' inizio d' una reazione contro la scuola storico-romanistica. E come questa ha sembianza di ricorso della scuola culta (7), così la reazione ora incominciata riveste in gran parte le tendenze, che notammo nella scienza giuridica tedesca del secolo XVII. — Insieme cogli studii storici di diritto

(1) Das Gewohnheitsrecht, Erlangen 1828 I p. 201. Cfr. C (A) Schmidt, o. c., p. 292 ; Beseler, o. c., p. 72 e seg.

(2) l. c., p. 202. « Che essi (i giuristi tedeschi) si siano volti al diritto romano non « può esser loro tenuto che a merito « ibid. » Anche le conseguenze..... non posso rite- « nere dannose per il nostro diritto e per le condizioni di quel tempo, almeno in quella « misura in che generalmente si suol fare » l. c., p. 204. Cfr. anche p. 205.

(3) Cfr. Jhering, F. C. von Savigny nei Gesammel. Aufs. (cit.) II p. 15.

(4) Cfr. Bruns, Schriften (cit.) II p. 449; Jhering, Unsere Aufgabe l. c. I p. 22-23.

(5) Cfr. Jhering, l. c. — Nel 1839 il Thibaut aveva lamentato l' indirizzo antiquario, e com' egli diceva « micrologico » della nuova scuola (Archiv für d. civil. Praxis, XX p. 412 e seg.): e nello stesso anno era uscito il primo vol. della « Theorie » del Kierulff.

(6) Cfr. Bruns, Schriften (cit.) I p. 1.

(7) Cfr. però Stintzing, Wendungen (cit.) p. 27; C. F. Gerber, Gesammel. jurist. Abhandl., Jena 1878 p. 9 e seg.

romano erano anche rifioriti, e non meno, quelli di diritto germanico. Il programma della nuova scuola non restringeva, come accennai, lo studio storico del diritto positivo alle fonti romane, pur dando ad esse principale importanza. Perciò i principii della scuola storica non erano stati accolti da soli romanisti (1); e scolare dell' Hugo e compagno al Savigny nella fondazione del giornale che si disse « della scienza storica del diritto » (2) era stato quel Carlo Federigo Eichhorn, che i germanisti moderni salutano restauratore degli studii di diritto germanico nel secolo XIX. Or mentre i nuovi studii ponevano in rilievo i principali elementi costitutivi del diritto comune, uno romano e uno germanico; quest' ultimo, il vero nazionale, appariva non tenuto nel debito conto. Benchè uno scolare di Tomasio (3), al principiare del secolo XVIII, avviasse lezioni universitarie di diritto privato germanico; tuttavia lezioni e manuali di diritto romano continuarono a comprendere tutto quanto il diritto comune (4). Si trattava dunque « di abbattere l' assoluta signoria del diritto romano » (5), ottenendo per il diritto germanico la parte dovutagli nella trattazione del diritto comune; e, ciò che più importava e urgeva, di difendere il diritto germanico contro la tendenza romanizzante de' nuovi culti. Secondata dal movimento politico nazionale che circa al 1840 cominciava ad agitare la Germania,

(1) Cfr. G. Beseler, Erlebtes und Erstrebtes, Berlin 1884 p. 45 in f.

(2) Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. (cit.) 1815-1850.

(3) Stobbe, o. sopra c. II p. 423.

(4) Cfr. C. G. Wächter, Pandekten 1880 I p. IX; Moddermann, o. c., p. 105; Behrend, l. c., p. 538; Bruns, Schriften (cit.) I p. 44.

(5) Stobbe, o. sopra c. II p. 426.

la lotta tra germanisti e romanisti non tardò a scoppiare (1); nè (com' era a prevedersi) essa rimase in que' limiti in che avrebbe dovuto. I dogmi stessi della scuola storica forniscono a' germanisti le armi. Se il diritto è un prodotto, non del caso o dello arbitrio individuale, ma della coscienza nazionale, come la lingua, i costumi, la costituzione politica; e se il suo svolgimento deve essere egualmente organico e determinato dalla coscienza nazionale; il diritto romano non può rimanere il fondamento della vita giuridica tedesca, perchè introdotto in Germania da legisti, in onta e malgrado il voto popolare (2). La recezione del diritto romano, ben lungi dall' essere, come la dichiarava il Puchta, un fatto di cui i dottori meritin lode; è, secondo i germanisti, almeno nel modo e ne' termini ne' quali fu fatta, una

---

(1) Si può dire (cfr. Bruns, Schriften, cit. I p. 7), ne desse il segnale la fondazione, avvenuta nel 1839 per opera di A. L. Reyscher e W. E. Wilda della Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtsw. Scopo del giornale era quello di « promuovere uno studio nazionale del diritto e con esso una giurisprudenza patriottica » vol. I p. 3. A formarsi idea del carattere della lotta e acquistar notizia di coloro che vi presero parte, si veda l'articolo del Reyscher nel vol. VII. p. 121 e seg. « Für und wider das deutsche Recht ».. Cfr. anche Bluntschli, o. c., p. 42 e seg.; Gaupp, o. c., pag. 99. Trovo in quest' ultimo che l' invocazione d' un diritto nazionale sorse da più parti, annettendovisi sempre certa nimistà contro il diritto romano (l. c., p. 100).

(2) Questo ragionamento sta a base di tutto lo scritto del Beseler, Volksrecht und Juristenrecht, citato: cfr. p. 58 e seg., specialmente p. 71; cfr. anche p. 72 e seg.; e Beseler, Erlebtes und Erstrebtes, (cit), p. 47. In sostanza è quello stesso di cui si vale Jhering, F. C, von Savigny l. c., II p. 11, Esprit du D. R. (cit.) I p. 4 e seg.; e che molti ripetono p. e : Moddermann, o. c., p. 7; C. A. Schmidt, o. c., p. 275-276; Bornemann, o. c., p. 1. Ma cfr. Stobbe, o. sopra c. I p. 638, n. 83; Enneccerus, o. c., p. 39; O. Karlowa, Ueber die Reception des röm. Rechts in Deutschland, Heidelberg 1878 § III p. 11 e seg. specialmente p. 17 e 23.

« sventura nazionale » (1). Non si nega (2), dico de' più temperati, che la recezione del diritto romano, abbia recato qualche vantaggio; sia in quanto per essa il popolo tedesco ritrovò un vincolo giuridico unitario, che ha servito come centro di gravità per la formazione di un diritto comune tedesco; sia per altro ancora: si afferma nondimeno che il diritto nazionale, opportunamente elaborato sul modello di quello straniero, sarebbe riuscito agli stessi effetti. La eliminazione del diritto romano, comunque procacciata, s' invoca (3) dai germanisti (certo non de' più temperati) negli scritti (4) e ne' congressi (5): e anche qui soccorrono a taluno (6) certe parole del Savigny: « non aversi da decidere a priori quanti degli antichi ordinamenti germanici possono ancora rivivere così nel diritto pubblico come nel diritto privato ». Tutti i vecchi punti di diritto controverso sulle relazioni del diritto romano col diritto germanico tornano in discussione; (7) e di nuovo si sostiene, che il diritto romano non vale

(1) Beseler, o. c., p. 42 (cfr. Erlebtes und Erstrebtes cit. p. 125). V. anche Gerber, o. c., p. 7 e seg.; Bluntschli, o. c., p. 43 (cfr. p. 37). L'espressione del Beseler è tuttavia mantenuta da più recenti germanisti: Brunner, in Holtzendorff's Encycl. (cit.) p. 269. Cfr. Moddermann, o. c., p. 93.

(2) Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht, (cit.) p. 41.

(3) Cfr. Bruns, Schriften, (cit.) I p. 8.

(4) A me noto: A. Kaulfus, Das röm. Recht am Herrmann's Denkmal, Berlin 1842 (cfr. Bruns. Schriften, cit. I p. 15; Reyscher, Zeitschr. für d. Recht. cit. VIII p. 552). Lo scritto del Christ, über deutsche Nationalgesetzgebung, Carlsruhe 1842 (cfr. Bruns, l. c.; Reyscher, l. c., p. 352 e seg.) m' è ignoto.

(5) Zeitschrift für deut. Recht (cit.) X p. 408 (cfr. Moddermann) o. c., p. 6; A. Franken, Romanisten und Germanisten Jena 1882 p. 37-38.

(6) Zeitschrift für deut. Recht (cit.) X p. 496. Cfr. anche IV p. 122. Per le parole del Savigny surriferite, cfr. « Vom Beruf » (cit.) p. 18.

(7) Cfr. Wächter, Gem. Recht Deutschl. (cit.) p. 186 e seg. (cfr.) p. 25. Sullo stato attuale della controversia cfr. Windscheid, o. c., § 2, n 2.

in Germania in complexu, ma per singole parti, di cui volta per volta deve provarsi la recezione. Nel tempo stesso (e anche qui il movimento politico ebbe parte) si rinnovano i voti per la unità del diritto, specialmente privato. I germanisti la reclamano più degli altri; quasi mezzo a una sollecita eliminazione del diritto straniero (1), o a frenare (almeno) i tentativi romanizzanti della scuola storica (2). E con loro i patriotti, come di ragione; nè manca qualche romanista, che deviando alquanto dalle idee del Savigny, sostiene aversi oggimai a intraprendere l'opera di codificazione, senza più tener conto delle antiche obiezioni (3). L'idea della codificazione già arrestata (e in parte anche dalla scuola storica) ripiglia allora quel sopravvento, che non doveva più perdere (4). E (in materia di diritto privato) non solo si compilano progetti di codici parziali per i paesi di diritto comune, nonostante l'avversione di molti alla codificazione regionale (5); ma si fanno progetti di leggi comuni a tutta la Germania: e si riesce anche (esca a maggiori speranze) ad attuare quello sulla materia cambiaria (6).

Gli eventi del 1848 troncarono ad un tempo la speranza della

(1) Gaupp, o. c., p. 100; cfr. anche Beseler, o. c., p. 238 e seg.

(2) Cfr. queste, benchè recenti, parole del Brunner, in Holtzendorff's Encycl. (cit.) p. 272: « l'influsso esercitato dalla scuola storica ha accresciuto il bisogno, da essa « negato, della codificazione; perchè, tornando al puro diritto romano del Corpus juris, « essa aveva incominciato a disfare etc. »

(3) Bruns, Ueber Gegenwart und Zukunft uns. Privatrechts: negli Schriften, (cit.) I p. 13 e seg. Nel C. unico il Bruns vedeva il mezzo a ottenere un ravvicinamento della teoria alla pratica (l. c., p. 19). Come il Bruns si allontanasse dal Savigny, resulta anche nelle idee espresse a pag. 4; e il distacco fù da lui anche più accentuato ne' lavori successivi, e specie in quelli sulla teoria del possesso. (Cfr. Schriften cit. I p. IX).

(4) Behrend, o. c., p. 375; cfr. anche Bruns, Schriften (cit.) I p. 18, 45.

(5) Bruns, Schriften (cit.) I p. 18; Beseler, o. c., p. 242.

(6) Cfr. Stobbe, o. sopra c., II p. 490 e seg.

unità politica e la speranza dell'unità giuridica (1). Quasi però in opposto allo spirito che parve presiederli, ne seguì e prese consistenza in tutta la vita del popolo tedesco una tendenza « pratica » e « realista » (2); la quale, penetrando anche nella scienza del diritto romano, l'ha ora, col favore delle vicende politiche, presso che trasformata (3). È un nuovo aspetto che assume la reazione (in parte accennata) alla scuola storica del diritto romano (4). Ma, se non m' inganno, la scienza germanica del diritto romano attuale aveva già altre e intime cagioni di così fatta mutazione. Sulla fine del secolo passato, il codice Prussiano del 1794, malgrado il voto espresso da' suoi compilatori (5), non era divenuto centro e fondamento degli studii di diritto privato nelle università prussiane, come in tutti gli altri paesi d' Europa i codici moderni; anzi neppure oggetto di lezioni accademiche (6). Egual sorte era toccata dopo il 1813 al codice Francese, nei pochi stati ove si mantenne. Da' primi del secolo dunque il diritto comune torna ad essere in Germania oggetto esclusivo delle lezioni di diritto privato; un tempo compreso

(1) Bruns, Schriften (cit.) I p. 48. Un caldo appello all' assemblea nazionale di Francoforte (1848) per la unificazione giuridica aveva appunto rivolto il Bruns stesso nella prefazione alla sua opera maggiore: Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenw., Tübingen 1848.

(2) Bruns, in Holtzendorff's Encycl. (cit.) p. 390. Ved. anche Bluntschli, l. c., p. 88, 90.

(3) Bruns, l. sopra c.

(4) Non s'intende dire che i principii giuridici della scuola storica siano oggi disconosciuti in Germania; anzi nella loro sostanza vi sono diventati dogma incontroverso; come dichiarano, fra i tanti, Stintzing, Wendungen (cit.) p. 26; Bekker, System (cit.) §. 15 in f. Ma cfr. appunto Stintzing, l. c., p. 28.

(5) Bornemann, o. c., p. 58; Savigny, Vom Beruf (cit.) p. 145.

(6) Cfr. Savigny, Vom Beruf (cit.) p. 145-146.

del tutto nel corso di Pandette; poi, diviso in due corsi, corrispondenti alle fonti principali ond' esso deriva (Pandette, e il così detto Diritto Privato Tedesco in senso ristretto). E sia perchè in questa divisione si rilasciano alle Pandette le teoriche giuridiche più generali (1), sia perchè il corso di Istituzioni di diritto romano serve d' introduzione a tutto il diritto privato (2); si può dire che in sostanza il diritto romano è centro e fondamento degli studii di diritto privato. I quali ordinamenti non mutarono: nè quando, circa alla metà del secolo, si fece oggetto di lezioni universitarie i diritti particolari (3); nè quando il codice Sassone del 1863 scemò, ancor di più, il valore pratico del diritto romano: e durano tuttavia. La grandissima maggioranza de' giuristi tedeschi li ha sempre ritenuti i più acconci a mantenere l' unità della scienza giuridica tedesca (4), e a fornire un giusto intelletto delle fonti principali del diritto comune (5): e non valsero in contrario le rimostranze di qualche germanista,

---

(1) Cfr. Wächter, Pandekten (cit.) I p. VII.

(2) Cfr. Stammler, o. c., p. 15-16.

(3) Apprendo dal Pann, o. c., p. 26, n. 13, che la prima cattedra di Codice Prussiano fu istituita a Berlino nel 1840. Cfr. Savigny, Vom Beruf (cit.) p. 144-145. Come tuttavia le lezioni sul Codice Prussiano s'abbiano in poca considerazione, ved. in Eisele, o. c., p. 8.

(4) Contro l'idea di fare centro delle lezioni di diritto privato i codici particolari si esprimeva già il Thibaut, Ueber die Nothwendigkeit (cit.) p. 19, 113, non che il Savigny, Vom Beruf (cit). p. 146-147. Ved. anche, p. e., Gaupp, o. c., p. 25 (cfr. p. 86); Stammler, o. c., p. 6, 10; Bruns, in Holtzendorff's Encycl. (cit.) p. 387-388.

(5) Contro l'idea di comprendere il diritto comune tedesco in un sol tutto, vedi anche: Bruns, l. sopra c.; Stintzing cit. dal Moddermann, o. c., p. 112; Jhering, Unsere Aufgabe, l. c., I p. 37.

anch' illustre (1). Quanti però gli inconvenienti (2), s'immagina: purismo germanistico da una parte, e purismo romanistico dall'altra a detrimento de' resultati pratici (3); doppia trattazione di alcune teorie, e tralasciamento di altre (4); e soprattutto poi assoluta separazione della teoria dalla pratica, specialmente ne' paesi retti da codici. Già nel 1814 il Thibaut accennava alla separazione esistente tra la teoria e la pratica; e ne vedeva il rimedio nel codice unico (5). E nel 1840 il Savigny, nella prefazione al « Sistema », riconosceva il vizio capitale delle condizioni giuridiche del suo tempo consistere in una sempre più marcata separazione della teoria dalla pratica (6); e ritenendola un portato naturale dello svolgimento del diritto negli ultimi due secoli (7), ne vedeva il rimedio nello studio de' giureconsulti romani. D' allora in poi, a giudizio di tutti (8), il vizio s' è accresciuto;

(1) Bluntschli, o. c., p. 95 qualifica come un errore enorme il non aver modificato l' insegnamento del diritto privato dopo l' introduzione de' codici particolari. Per la riunione e comprensione in un sol tutto del diritto privato tedesco (diritto germanico) e delle pandette (diritto romano) si pronunzia anche Stölzel cit. dal Moddermann, o. c., p. 112 e lui stesso.

(2) Cfr. anche: Rassow, Gruchot's Beiträge XXXI, p. 61-62 e p. 69. Non mi è stato possibile prender conoscenza dell'articolo dello stesso autore, citato a p. 61 e inserito nel vol. XXII dei Beiträge.

(3) Bruns, in Holtzendorff's Encycl. (cit.) p. 388. Cfr. Jhering, Scherz und Ernst (cit.) p. 234 e seg.

(4) T. Muther, Die Reform des juristischen Unterrichts (Discorso) Weimar 1873 p. 9; Stobbe, o. sopra c., II p. 438-9.

(5) Ueber die Nothwendigkeit (cit.) p. 20.

(6) Sistema, cit., p. 13. Circa agli effetti della scuola storica a riguardo della pratica, si confronti ciò che ne dicevano nel 1839, Kierulff, o. c., p. XIX e Thibaut, Archiv f. d. civil. Praxis XXI p. 412, 418.

(7) Sistema, cit., p. 10.

(8) Cito, alla rinfusa: C. A. Schmidt, o. c., p. 12; Beseler, Volksrecht u. Juristen-

e aggravato specialmente (dicono alcuni) (1) per il teoricismo de' romanisti; nè fu rimedio efficace che scrittori eminenti imprendessero la trattazione sistematica de' diritti particolari (2). O io m' inganno, o già per tutto questo la scienza del diritto romano attuale doveva alla fine abbracciare un indirizzo pratico. E l'indirizzo pratico è infatti più o meno sensibile, anche prima del 1848, in qualche romanista, (3) il quale per una o altra ragione non ebbe subìto l' influsso immediato della scuola storica.

A ogni modo, è fuor di dubbio che l' indirizzo pratico apparisce forte e deciso negli scrittori recentissimi. Mentre giuristi di gran nome dichiarano con insistenza significante che « la giurisprudenza è una scienza pratica » (4); altri, non meno illustri, lamentano aspramente l' odierno teoricismo giuridico, adoprandovi perfino le armi della satira (5). I pratici italiani del secolo XIV, sinora sotto lo sfavorevole giudizio del Savigny, vengon

recht (cit.) p. 351; Bruns in Holtzendorff's Encycl. (cit.) p. 388 (cfr. anche, Schriften, cit. I p. 5). Jhering, Scherz u. Ernst (cit.) p. 357 (cfr. p. 35 e seg.); Brunner, Rechtseinheit (cit.) p. 18; Stammler, o. c., p. 9; Bekker, Ueber den Streit (cit.) p. 18; F. Holtzendorff, Deutsche Revue 1886 (October) p. 86. — Cfr. Brinz, l. c., da J. E. Kuntze, Der Wendepunkt der Rechtswissenschaft, Leipzig 1856 p. 11, n. 1.

(1) Bruns, ll. cc.; Beseler, l. c.

(2) Bethmann-Hollwegg, o. c., p. 26. Fra i primi in questa trattazione fu il Wächter per il diritto del Würtemberg. Cfr. in proposito (anche per richiamo all' idee espresse nel testo): Windscheid, Carl Georg von Wächter, Leipzig 1880 e seg.

(3) Alludo più specialmente al Wächter (cfr. Bruns, Schriften cit. I p. XIV) e al Bruns. Sulla tendenza pratica v. anche Kuntze, o. c., p. 11.

(4) Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft, Leipzig 1884 (Discorso) p. 25. Si veda anche ciò che egli dichiara a p. 27, circa al valore della storia del diritto per la giurisprudenza (cfr. per le idee Savignane sullo stesso tema: Enneccerus l. c. p. 27, n. 35): e si noti le parole a p. 38: « non siamo eruditi e non vogliamo punto esserlo ».

(5) Jhering, Scherz und Ernst (cit.) p. 245 e seg.; p. 337 e seg. E dietro a lui, p. e.: Pfizer, Archiv f. d. civil. Praxis. LXXI p. 449.

di nuovo rilevati; ed anzi esaltati (1): e si abbassa per contro la scuola culta, di cui si dice, « che volta a ciò che ebbe vigore in Roma, ha trascurato così il diritto vivo » (2). Si rilevano insieme i pratici tedeschi del secolo XVII e XVIII, e per lo scopo, e per le dottrine; e si afferma da più parti (3) molte delle loro pretese inesattezze derivare dal fatto, che talvolta a certe regole, stabilite indipendentemente dal diritto romano, essi cercavano nelle fonti un appoggio pur che fosse (4). Fino (5) l'attuale giurisprudenza pratica francese, riceve elogi, ed è quasi segnata a modello (6). Crescono invece le critiche all' antica scuola storica, della quale ora si mettono alquanto in dubbio i meriti ne' rapporti dogmatici; (7) e le critiche cominciano a dirigersi anche contro il Savigny, finora risparmiato. Fù lode un tempo concessa quasi universalmente al Savigny, se non alla sua

(1) Stintzing Gesch. d. deut. Rechtsw. (cit.) I p. 113 cfr. Böhlau, Vierteljahresschrift für Gesetsg. u. Rechtsw. XXII p. 259; Bekker, System (cit.) § 11; Hölder, o. c., § 3, pag. 12.

(2) Bekker, System (cit.) § 32 Beil. I p. 32. Cfr. il giudizio di Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq. (cit) e quello di H. Conring, in Stobbe l. c., p. 420, n. 20.

(3) Cfr. Stintzig, Bekker, Dernburg, ll. cc. ove ho discorso del Carpzovio e dei pratici tedeschi del secolo XVII.

(4) Jhering, Esprit du d. R (cit.) III p. 152 e i citt. ibid.; idem, Scherz u. Ernst (cit.) p. 327; Stobbe, o. sopra c., II p. 122, n. 29 e i citt. ibid. Cfr. Bluntschli, Deutsches Privatrecht 2.e Aufl. 1860 p. X. (« i loro errori romani eran talvolta verità tedesche ») e pag. 6-7.

(5) Anche Savigny riconobbe il valore della giurisprudenza pratica francese; ma non nel momento in che erano vivi tuttavia i politici rancori tra Francia e Germania. Cfr. Vom Beruf (cit.) p. V, nota 1.

(6) Jhering, Scherz u. Ernst (cit.) p. 348; Kohler, Jhering's Jahrb. für die Dogmatik XXV, p. 262 e Archiv. für d. civil. Praxis LXXI, p. 410.

(7) Bekker, Ueber den Streit (cit.) p. 17-18. Cfr. anche Kohler, Archiv. für die civil. Praxis, l. sopra c; C. J. Seitz, Das praktische Bedürfniss der Rechtsreform gegenüber der historischen Schule, Erlangen 1865 p. 60 e seg.

scuola, (1) di aver saputo allontanarsi dall' antichità, ove fosse opportuno. Oggi, anche i romanisti avvertono nel « Sistema » sovrabbondanza disdicevole di storia (2); e affermano che, sebbene il Savigny rilevi (specie nell'ultime opere) le differenze del diritto odierno e del diritto romano più assai de' suoi scolari, non ha però valutato esattamente la grandezza della distanza, che divide il diritto comune tedesco dal diritto giustinianeo (3). E qualcuno (4) non si perita di mettere a carico del Savigny quella separazione della teoria dalla pratica, cui egli intendeva rimediare con lo studio delle fonti. Di nuovo, torna ad esser ripetuta certa arrischiata

(1) Cfr. Jhering, Unsere Aufgabe l. c., I p. 34-35; Friedrich Karl von Savigny l. c., II p. 15, 18. Ved. anche Hölder, Savigny und Feuerbach (cit.) p. 32. Eguali lodi si posson vedere anche in due antichi germanisti: Gerber, o. c., p. 10, 12, 13; Stobbe, Handbuch (cit.) I p. 25.

(2) Enneccerus, o. c., p. 47, che ripete l' osservazione dell' Jhering, Friedrich Karl von Savigny l. c., II p. 15-18. (Cfr. Savigny, Sistema, cit. § 3 nota *a*). Si può utilmente confrontare uno scrittore che in certo modo si ricollega al periodo della lotta tra romanisti e germanisti: F. Nöllner, Die deut. Juristen und die deut. volkstküml. Gesetzgebung seit 1848 p. 103. (« L' intero sistema del Savigny che avrebbe dovuto operare la riunione della pratica e « della teoria, e darci il diritto attuale, non è altro che una dissertazione storica; e di- « mostra proprio chiaro l' abisso, esistente tra la pratica e la teoria »). Sul libro del Nöllner, cfr. Bruns, Schriften (cit.) II p. 337 e seg.

(3) Bekker, Das Recht des Besitzes, Leipzig. 1880 p. 6.

(4) Jhering, Friedrich Karl von Savigny, l. c. II p. 13; e specialmente ora in Scherz und Ernst (cit.) p. 327 (cfr. anche p. 363). Cfr. anche, Bekker, Ueber den Streit (cit.) p. 18. Anche qui si può utilmente confrontare il passo del Nöllner sopra citato. In difesa del Savigny, ved. Bruns, Schriften (cit.) II p. 446; e, un tempo, lo stesso Jhering, Unsere Aufgabe, l. c., I p. 21. Noto che secondo lo Stintzing, Gesch. d. deut. Rechtsw. (cit.) I p. 523 l' origine prima della separazione della teoria dalla pratica rimonta ai Culti; e secondo il Seitz, o. c., p. 37, 81, a Gustavo Hugo. — Quanto all'atteggiamento presente dell' Jhering, non so se è il caso di aver presente quelle parole di lui: « ogni verità nuova e profonda deve, a mio avviso, passare per le fasi dell' esagerazione »: Esprit du droit Romain, cit. I pag 30.

sentenza del Thibaut (1); che cioè ne' rapporti pratico-dogmatici poco vi sia da ricavare oramai dal diritto romano (2). Di nuovo, rivive la sfiducia nelle compilazioni giustinianee; di cui si dice ora quanto di male ebbero a dirne, « con passione » e « molto permettendo all' ingegno » (3), in altri tempi. E dietro quella sfiducia, qualche scrittore (4) fornisce tali criteri sull' uso scientifico delle fonti, e n' usa egli stesso così, come se di già fosse venuto meno in Germania il valore formale del Corpus Juris. I trattati di Pandette, pei quali un tempo si lamentava « potersi appena credere talvolta di aver dinanzi sistemi scritti per la Germania » (5); hanno ora assunto cotal forma e andamento, da eguagliarli ai trattati del secolo XVII. (6). Ecco perchè uno storico del diritto, cui non sfuggiva la mutazione avvenuta nella scienza del diritto romano attuale, ebbe a dire, pochi anni or sono: « chi

(1) Cfr. Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. (cit.) I p. 10.

(2) Jhering, Scherz u. Ernst (cit.) p. 359, 361, 362. Cfr. Unsere Aufgabe l. c., I p. 24. Ved. Bethmann-Hollweg, o. c., p. 60. Anche quella che il Thibaut chiamava, così volentieri, « micrologia » (Ueber die Nothw. cit., p. 23; Archiv. f. d. civil. Praxis XXI p. 414, 417: cfr. Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtsw. III p. 5) è ora colpita: Jhering, Scherz u. Ernst (cit.) p. 266. Cfr. Jhering, Unsere Aufgabe, l. c., I p. 5.

(3) Cfr. Forti, o. c., I p. 459. Sullo scopo dell'Antitriboniano, cfr. Stintzing, Gesch. der deut. Rechtsw. (cit.) I p. 384.

(4) Cfr. Bekker, System (cit.) § 5, p. 20-21. Cfr. Ueber den Streit (cit.) p. 16-17 alle nn. 40, 41. Si veda ora, relativamente ai luoghi delle fonti che trattano del possesso, anche Jhering, Scherz u. Ernst. (cit.) p. 356.

(5) Wächter, Gem. Recht (cit.) p. 205 (Stobbe, Gesch. d. d. Rechtsq., cit. II p. 438) Cfr. anche Wächter, Pand. (cit.) I p. IX.

(6) Cfr. Bethmann-Hollwegg, o. c., p. 62. Notevole in questo riguardo sopra tutti F. H. Vering, Geschichte und Pandekten des röm. und heut. gem. Privatrechts, Maynz 1887, (cfr. p. VI). Cfr. anche Fadda, Rivista ital. per le scienze giur. III p. 126.

sa non s' abbia a tornare all' arida analisi e alla triviale casuistica » (1).

E questa nuova tendenza pratica ha assunto anche (chi non l' avrebbe preveduto?) un carattere nazionale (2). Non si tratta più di scoprire nelle fonti il diritto romano puro e di applicarlo tale e quale, contentandosi di stabilire solo a parole il compito di « distinguere nel diritto romano ciò che è già morto da ciò che è ancora vivo (3) »: molto meno di soffocare l'elemento giuridico nazionale. « Quegli (diceva già il Bruns, facendo proprie le parole di un germanista) cui rimane freddo ed immoto il cuore, non che lo spirito, innanzi al contenuto del diritto germanico, dimostra la natura non avergli detta la magica parola, che apre le porte della scienza » (4). Non a caso si vedono oggi i più recenti romanisti accordare a Cristiano Tomasio una grande importanza nella creazione di una scienza giuridica alemanna (5). Le idee Saviniane circa alla recezione del diritto romano (assai temperate, come vedemmo) sono scosse nell' opinione degli attuali romanisti alemanni (6). E quanto alcuno di essi (7) ha espresso ultimamente, che cioè la recezione del diritto romano in Germania non sarebbe avvenuta, « ove fosse stata (ne' giuristi

(1) Stintzing, Wendungen (cit.) p. 32.

(2) Cfr. Kuntze, o, c., p. 100-101.

(3) Savigny, Sistema (cit.) § 20 p. 112. Cfr. Bekker, Ueber d. Streit (cit.) p. 16 n. 40.

(4) Schriften (cit.) I p. 8.

(5) Dernburg, Pandekten (cit.) I § 17 n. 2; Bekker, System (cit.) I § 14; Hölder, o. c. I § 3 p. 14;

(6) Cfr. Bekker, Besitz (cit.) p. 7.

(7) Bekker, o. sopra c., p. 8. Siamo ben lontani (mi sembra) da quanto esprimeva il Wächter nella prefazione alle Pandette: che cioè anche senza la recezione, nondimeno

del secolo XIV e XV) miglior conoscenza sia del diritto romano, sia de'propri bisogni; » è destinato, se non m' inganno, a incontrare l'approvazione di altri molti. Appunto per ciò la lotta tra germanisti e romanisti sembra sopita o spenta (1). I primi, si acconciano a riconoscere quanto i più temperati di loro riconoscevano anche prima: esser cioè, il diritto romano così penetrato per secolare elaborazione della pratica e della scienza nel pensiero giuridico tedesco, che eliminarlo d' un tratto sarebbe « impossibile; pur dove s'imprendesse una codificazione nell'intento di tener conto soltanto dell' elemento tedesco » (2). I secondi, riconoscono di buon grado quanto i germanisti più temperati esigevano si riconoscesse: che cioè, il diritto romano non è tutto il diritto comune, ma riceve compimento in un elemento giuridico nazionale progressivo e vivo ; (3) onde il « processo di nazionalizzazione, » (o com'altri lo chiama, « processo d'epurazione ») del diritto romano non può dirsi ancor chiuso (4). Germanisti e

---

la Germania avrebbe dovuto in gran parte giungere agli stessi resultati (Pandekten, cit. I p. VIII). E forse anche per questo il Bekker ebbe a dire di quella prefazione che era alquanto antiquata: Viertel'ahresschrift für Gesetsg. u. Rechtsw. XXIII p 193-194.

(1) Böhlau, Vierteljahresschrift (cit.) XXIII p. 517. Moddermann, o. c., p. 107, n. 2 e i citt. ibid.; Ahrens, o. c., p. 370 cfr. p. 323; F. Dahn, Bausteine, Berlin 1883 I p. 139-140; Bluntschli, Die neur. Rechtsschulen (cit.) p. 32 in nota, p. 36 in nota. Cfr. anche Bruns, Schriften (cit.) I p. 13; Windscheid, Recht u. Rechtswissenschaft, Greifswald 1854 p. 19-20. — Un concetto in parte diverso, benchè non nuovo (cfr. Savigny, Sistema cit. § 15; Gaupp, o. c., p. 112-113) è esposto dal Francke, o. c., Vortrag I strictum u. Aequum und die Reception.

(2) Gaupp, o. c., p. 106 (cfr. pure p. 104, 105); Beseler, Deutsches Privatrecht, Berlin 1884 I p. VIII; Bluntschli, Die neur. Rechtsschulen (cit.) p. 43; Moddermann, o. c., p. 122. Cfr. anche C. A. Schmidt, o. c., p. 307.

(3) Bluntschli, o. sopra c., p. 52.

(4) Gierke, o. c., p. 17; Moddermann, o. c. p. 106 (« Reinungsprozess »), p. 122 (« Säuberungsprozess »).

romanisti hanno ora un medesimo intento: approfondire, dietro i canoni della scuola storica, e assimilare e fondere gli elementi di che si compone il diritto comune tedesco in una nuova sostanza giuridica; che specificamente non sia, nè romano-bizantina, nè romano-italiana, ma tedesca (1). Qual parte poi sia riserbata in cotal fusione o assimilazione al diritto germanico in confronto del diritto romano, non è difficile prevedere; chè benissimo osservava lo Stobbe a riguardo dei compilatori del codice prussiano: « nessuno, anche volendo, potersi sottrarre completamente alle vedute nazionali » (2). L'espressione « liberarsi per tal modo dal diritto romano, » o simili, si incontra anche nei romanisti. L'autore stesso dello « spirito del diritto romano » ha spiegato più tardi con parole assai significanti una sentenza ivi espressa, nota e ripetuta pure in Italia: « togliere (egli dice) al diritto romano le armi per combatterlo, ecco il vero mezzo per liberarsene; e così la parola d'ordine della nostra odierna giurisprudenza

(1) Cito, alla rinfusa: Moddermann, o. c., p. 122 e i citt. ibid.; Windscheid, Pand. (cit.) § 10, n. 4; Ahrens, o. c., p. 370; C. A. Schmidt, o. c., p. 299; Böhlau, l. c., p. 527; Jhering, Unsere Aufgabe, l. c., I p. 36 e seg.; Kuntze, o. c., p. 100 e seg.; Brunner, l. c., p. 9; Sohm, l. c., p. 273, 279. « Il diritto delle Pandette è ancora essen- « zialmente il diritto italiano del secolo XV. Importa per conseguenza di dare alla Ger- « mania un diritto privato, che non solo nella forma, ma anche nella sostanza sia tedesco, « benchè arricchito dell'idee acquistate con la recezione ». V. anche H. Degenkolb, Rechtseinheit und Rechtsnationalität (Discorso) Tübingen 1884, ove mostrando che il popolo romano « specificò », nel senso giuridico della parola, quanto di contenuto giuridico attinse altronde (cfr. in specie, p. 16), s'indica indirettamente il compito attuale della scienza giuridica tedesca.

(2) Gesch. d. d. Rechtsq. (cit.) II p. 433. — Vedasi anche come il Moddermann (o. c., p. 128, 129, 221-122) ripeta al diritto romano quei difetti, che Jhering, Scherz u. Ernst, (cit.) rimprovera all'odierna dottrina del diritto romano; e che, in realtà, non derivano se non dalla natura stessa dell'ingegno germanico. Cfr. infatti per quest'ultima, Eisele, o. c., p. 17; e per il diritto romano, Windscheid, Recht u. Rechtsw. 1854 (cit.) p. 23.

è compresa in questa proposizione: a traverso il diritto romano, al di là del diritto romano » (1).

Ora il futuro codice civile, non poteva, sotto ogni aspetto, giungere in momento più opportuno a cementare l' accordo di tutti i giuristi tedeschi nella creazione di un diritto nazionale. Il futuro codice, non solo chiuderà irrevocabilmente la recezione del diritto romano, ma fornirà alla nuova scienza del diritto tedesco quel punto d'appoggio, in difetto del quale essa era spinta a governo non buono delle compilazioni giustinianee. Vero è (e lo dichiarano anche recenti scrittori) che il futuro codice non sarà antistorico (2). E per quanto si sappia che esso, contro le previsioni di qualche romanista, si scosterà non poco (3) dal diritto comune; non se ne scosterà mai tanto, che i giuristi tedeschi a venire non abbiano a lamentarne tuttavia il romanismo, così come lamentano il romanismo delle legislazioni anteriori (4). Ma qui appunto soccorrerà la elaborazione scientifica, la pratica giudiziaria (5); e, ove non bastino, novelli atti legislativi: e senza

---

(1) Jhering, Unsere Aufgabe l. c. I p. 45 (cfr. anche le parole precedenti quelle surriferite). Cfr. Kuntze, o. c, p. 102. So di alcune parole del Savigny, che hanno qualche analogia con quelle dell' Jhering; ma cfr. in proposito Seitz, l. c., p. 38-39.

(2) Eisele, o. c., p. 10

(3) Cfr. Rassow, l. c., p. 64. — Eisele l. c., riteneva che il nuovo Codice si sarebbe scostato dal diritto comune assai meno dei codici badese e prussiano. Ora il Rassow nota contro di lui che « die Absicht besteht, grosse und wichtige Rechtsgebiete « in Unabhängigkeit, wenn nicht gar in Wiederspruch mit dem römische Recht, zu regeln ». Non conosco le decisioni della Commissione compilatrice del Codice, citate dal Rassow a sostegno della sua opinione, e da lui stesso riferite in altri voll. dei Beiträge (XXII, XXIII).

(4) Cfr. Bornemann, o. c., p. 53.

(5) Cfr. Stobbe, Handbuch (cit.) I p. 24-25

dubbio, alla fine, il diritto romano prenderà in Germania « quel posto che gli spetta » (1). — Intanto, con l'introduzione del nuovo codice sta per succedere una profonda mutazione nell'insegnamento del diritto privato: è l'opinione espressa dalla maggior parte (2), e che non può non prevalere. L'insegnamento del diritto privato riacquista unità, e prende a fondamento il nuovo codice: le Pandette e il Diritto Privato Tedesco spariscono ; e le Istituzioni di diritto civile vengono a sostituire quelle di diritto romano (3). Non

---

(1) Moddermann, o. c., p. 121. Non è in tutto inopportuna la citazione di Stölzel, o. c., p. 613-615. Cfr. tuttavia Gaupp, o. c., p. 113; che nel periodo della lotta tra Germanisti e Romanisti si esprimeva così: » Aber so weit unser Auge reicht, können « wir, was den wirklichen Jnhalt des Rechts kommender Zeiten anbetrifft, keinesweges « eine Beseitung des römischen durch das deutsche kommen sehen, glauben vielmehr « einerseits nur eine dem einheimischen Rechte allerdings weit günstigere Abgrenzung « derjenigen Gebiete, worin je einem von beiden die erste Stimme einzuräumen ist, ande- « rerseits eine immer innigere Verschmelzung und gegenseitige Durchdringung beider in « der Zukunft zu erblicken ».

(2) Più specialmente da: Eisele, o. c.; Stammler, o. c.; Muther, o. c., p. 11-12 ; H. Ortloff, Die Reform des Studiums etc. Berlin 1887 p. 45 e seg.; Rassow, l. c. Cfr. anche Bluntschli, die neur. Rechtschulen (cit.) p. 97; Stölzel, o. c., p. 615 e seg.; Sohm, o. c., p. 278; Windscheid, Lehrbuch (cit.) 5e Aufl p. VIII (Vorrede zur 2e Aufl) Bekker, System (cit.) § 1, p. 2 nota *d*; Mommsen, l. c., in Bruns, Schriften (cit.) II p. 433; A. von Kirchenheim, Zur Reformation des Rechtsunterrichts, Leipzig 1877 p. 22, 41, cfr. p. 32-33. Il Bethmann-Hollwegg, o. c., p. VIII aveva proposto di fare al nuovo Codice nel piano d' insegnamento universitario la stessa condizione che vi hanno ora i Codici particolari. E di questa idea si è fatto sostenitore anche il Dernburg, Die Reform der jur. Studienorduung (cit.). Contro Dernburg, ved. Rassow, l. c., p. 69-70 e Ortloff, o. c., p. 46. Anche il Bruns accenna in più luoghi alle modificazioni che il nuovo Codice sarà per apportare all' insegnamento del diritto; e sembra aver avuto la stessa opinione del Dernburg (Schriften, cit. II p. 367, p. 386).

(3) E. Hölder, Institutionen, Tübingen 1883 p. VII. Cfr. anche E. Kuntze, Cursus des röm. Rechts, Leipzig 1884 p. III;

già che il diritto romano non conservi parte rilevante nell' insegnamento giuridico. Gli scrittori sono unanimi (1), nell' ammettere tuttavia la necessità di uno studio profondo del diritto romano. Quelli stessi i quali ritengono che il diritto romano rappresenti un ideale meno nobile e meno progredito in confronto del diritto germanico (2); ne riconoscono per lo meno la prestanza tecnica, e i vantaggi (3) che n' ha ritratti, e può ritrarne (4) il diritto germanico. Sembra però che l' insegnamento del diritto romano sarà alquanto diminuito. Mentre tra i fautori de' mutamenti di cui parliamo i più (5) propongono di sostituire, in una od altra forma, un nuovo corso di diritto romano ai due che ne resterebbero soppressi; non manca anche chi (6) vuole restringere nel corso di storia del diritto romano tutto l' insegnamento di questo diritto. Ma nessuno, ch' io sappia, ritiene s' abbiano a mantenere, in una od altra forma, i due corsi dogmatici di diritto romano attualmente esistenti.

---

(1) Muther, o. c., p. 12; Eisele, o. c., p. 17 e seg.; Rassow, l. c., p. 65; Kirchenheim, l. c., p. 22.

(2) Ahrens, o. c., p. 544; ved. anche p. 517-518, e cfr. p. 365.

(3) Ahrens, o. c., p. 517-518. V. anche Gaupp, o. c., p. 37; Bluntschli, Die neueren Rechtsschulen (cit.) p. 97; Gerber, o. c., p. 14.

(4) Ahrens, o. c., p. 372.

(5) Stammler, Eisele, ll. cc. (cfr. anche Bluntschli, die neuer. Rechtsschulen, cit., p. 97-98). Stammler vorrebbe sostituire agli attuali corsi di diritto romano uno sulla storia dei dogmi del diritto romano e germanico (l. c., p. 26-27. Ved. per la sorte delle istituzioni di diritto romano p. 26 e p. 18). Eisele invece, un corso di diritto romano classico (l. c., p. 16). La proposta di T. Muther, o. c., p. 14 concorda in sostanza con quella di Eisele. Lo svolgimento da darsi, secondo Eisele, agli esercizi esegetici riguarda i seminari e i corsi liberi.

(6) Cfr. Ortloff, o. c., p. 46. A diminuzione d'insegnamento del diritto romano si accenna anche dal Kirchenheim, o. c., p. 122.

*

E quì, o signori, parmi sorga naturale una domanda: se avvenga una diminuzione d' insegnamento del diritto romano in Germania (così come si può avere quasi per sicuro) ne seguirà una eguale ne' paesi ove il recente risveglio degli studii romanistici è riflesso della scuola storica? In Austria (1) qualche recente scrittore, sulle traccie alemanne, si è già affrettato a proporla (2): nè meraviglierei, malgrado il parere diverso di qualcun altro (3), avesse ad essere accolta. L' accoglieranno (si domanda) o proporranno anche in Italia? Disposizioni recenti, appena attuate, crebbero l' importanza del diritto romano nel nostro piano di studii. Ma queste erano tuttavia ispirate alla dottrina dell' antica scuola storica; e chi ignora la prepotenza dell' imitazione in certe contingenze, in quelle appunto in che versa ogni ramo di scienza in Italia? Seguiremo dunque la corrente nuova, o vi ci opporremo; pigliandone anzi impulso a creare — col diritto romano, e finchè è possibile, dentro, e in continuazione del diritto romano — una scienza giuridica italiana « con carattere proprio e nazionale »? (4). Si riterrà che non spetta a noi di imitare la

---

(1) Sulle vicende dell' insegnamento del diritto romano in Austria ved. Pann, o. c., p. 26 in nota. Sullo stato attuale del medesimo ved. E. Kruza, Der romanistische Rechtsunterricht in Oesterreich, Czernowitz 1886, p. 16 e seg.

(2) Pann, l. c., p. 27 n. 14, 15.

(3) Kruza, o. c. — Ciò che egli propone (p. 24) ha molta analogia con ciò che propone l'Eisele; e, come io credo, gli è stato ispirato da questo scrittore (cfr. p. 23 del Kruza con p. 21 in f. dell' Eisele). Però, a differenza dell' Eisele, il Kruza renderebbe obbligatorio il corso di esegesi.

(4) Filomusi-Guelfi, Enciclopedia Giuridica, Napoli 1885 p. 45.

Germania; nè in questa demolizione del diritto romano, oggi più che mai efficacemente proseguita, nè in altre (1) cui essa di tratto in tratto si volge secondo dettano suoi interessi e sentimenti; ovvero, come quà e là n'è sentore, le presteremo mano all'impresa? — È quanto sta per dirci l'avvenire.

(1) Cfr. Ellero, o. c., p. 447.

AMM. PROV. DI TORINO
№ 15657
115592